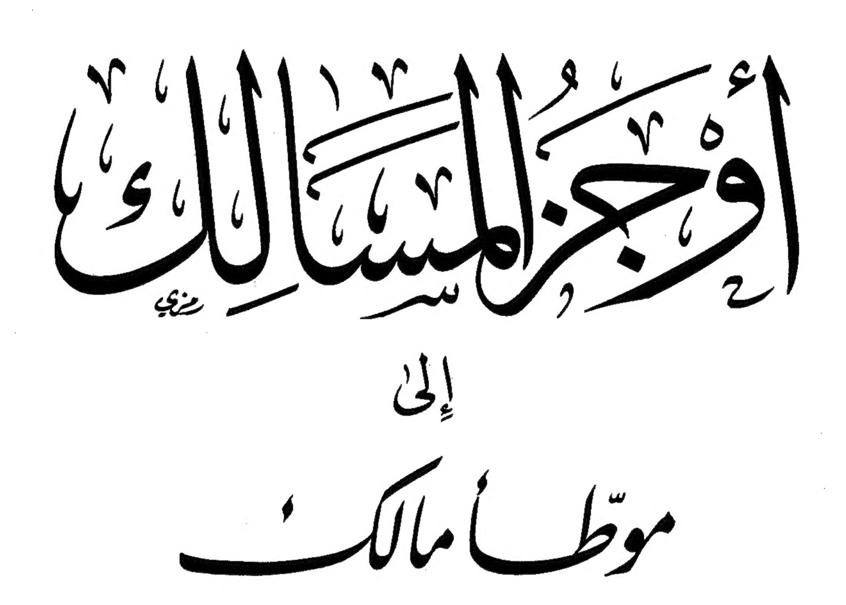


الجزء الثالث عشر

تأليف

الإمام المحدث

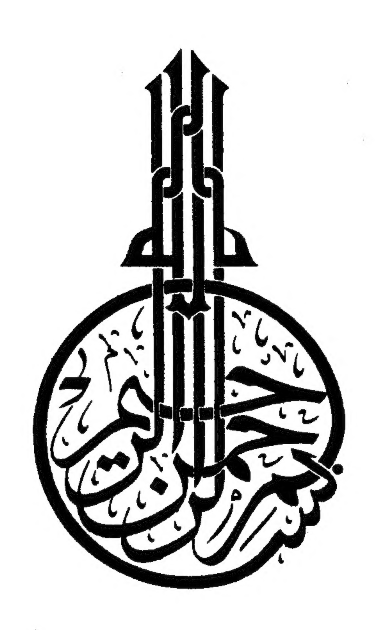
محمد زكريا الكاندهلوي المدني

المتوفى سنة ١٤٠٢هـ

اعتنى به وعلق عليه

الأستاذ الدكتور تقي الدين الندوي

دار القلم
دمشق


بسم الله الرحمن الرحيم

أوجز المسالك

إلى

موطأ مالك

الطَّبْعَةُ الأُوْلَى
مُحَقَّقَةٌ وَمُنَقَّحَةٌ
١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م
حُقُوقُ الطَّبْعِ مَحْفُوظَةٌ لِلْمُحَقِّقِ

مركز الشيخ أبي الحسن الندوي
للبحوث والدراسات الإسلامية
مظفرفور - أعظم جراه يوبي (الهند).

SHEIKH ABUL HASAN NADWI CENTER
For Research & Islamic Studies.
MOZAFFAR PUR, AZAMGARH, U.P. (INDIA).
Tel: 0091 54622 70104
0091 54622 70317
Fax: 0091 54622 70786

(٢٤) باب الحكرة والتربص

(٢٤) الحكرة

بضم الحاء المهملة وسكون الكاف، اسم من احتكر الطعام إذا حبسه إرادة للغلاء، والحكر بفتحتين وسكون الثاني لغةٌ بمعناه، قاله الزرقاني[١]، وفي «البذل»[٢] عن «المجمع»[٣]: أصل الحكر الجمع والإمساك.

والتربص

هو الانتظار، وكأنه عطف تفسير للحكرة، فإن المحتكر ما زال يتربص غلاء الأثمان.

قال الموفق[٤]: الاحتكار حرام لما روى الأثرم عن أبي أمامة قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يحتكر الطعام»، وروى أيضاً بإسناده عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «من احتكر فهو خاطئ» وروي أن عمر ـ رضي الله عنه ـ خرج مع أصحابه، فرأى طعاماً كثيراً قد ألقي على باب مكة، فقال: ما هذا الطعام؟ فقالوا: جلب إلينا، فقال: بارك الله فيه وفيمن جلبه، فقيل له: فإنه قد احتكر، قال: ومن احتكره؟ قالوا: فلان مولى عثمان وفلان مولاك، فأرسل إليهما، فقال: ما حملكما على احتكار طعام المسلمين؟ قالا: نشتري بأموالنا ونبيع. قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من احتكر على المسلمين طعامهم لم يمت حتى يضربه اللَّهُ بالجذام أو الإفلاس»[٥]، قال الراوي: فأما مولى

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٢٩٩).

(٢) «بذل المجهود» (١٥/ ١١٨).

(٣) «مجمع بحار الأنوار» (١/ ٥٣٢).

(٤) «المغني» (٦/ ٣١٥).

(٥) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٢٨).

....

عثمان فباعه، وقال: والله لا أحتكره أبداً، وأما مولى عمر ـ رضي الله عنه ـ فلم يبعه، فرأيته مجذوماً، ورُوي عن النبي ﷺ قال: «الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون»[١].

قال ابن عابدين[٢]: الاحتكار لغةً: احتباس الشيء انتظاراً لغلائه، وشرعاً: اشتراء طعام ونحوه، وحبسه إلى الغلاء أربعين يوماً، لقوله ﷺ: «من احتكر على المسلمين أربعين يوماً ضربه الله بالجذام والإفلاس» وفي رواية: «فقد برئ من الله وبرئ الله منه»، وفي أخرى: «فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً» «شر نبلالية»، وقيل: شهر، وقيل: أكثر، وهذا التقدير للمعاقبة في الدنيا بنحو البيع والتعزير، لا للإثم لحصوله، وإن قلّت المدةُ وتفاوته بين تربصه لعزته أو للقحط، والعياذ بالله، «در»، «منتقى» مزيداً، انتهى.

ثم قال الموفق[٣]: والاحتكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط، **أحدها**: أن يشتري، فلو جلب شيئاً أو أدخل من غَلَّتِه شيئاً، فادّخره لم يكن محتكراً، وروي ذلك عن الحسن ومالك، وقال الأوزاعي: الجالب ليس بمحتكر، لقوله: الجالب مرزوق، ولأن الجالب لا يُضَيِّقُ على أحد، ولا يضُرُّ به، بل ينفع، فإن الناس إذا علموا عنده طعاماً مُعَدًّا للبيع، كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه.

الشرط الثاني: أن يكون المشترى قُوتاً، فأما الإدام والحلواء والعسل

---

(١) «سنن ابن ماجه» (٢/ ٧٢٨) و«سنن الدارمي» (٢/ ١٤٩).

(٢) «رد المحتار» (٩/ ٦٥٦).

(٣) «المغني» (٦/ ٣١٦).

....

والزيت وأعلاف البهائم، فليس فيها احتكار مُحَرَّمٌ، قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن أيّ شيء الاحتكار؟ قال: إذا كان من قوت الناس، فهو الذي يُكْرَهُ، وهذا قول عبد الله بن عمرو، وكان سعيد بن المسيب ـ وهو راوي حديث الاحتكار ـ يحتكر الزيت، قال أبو داود: وكان يحتكر النَّوَى والخَبْطَ والبَزْرَ(١)، ولأن هذه الأشياء مما لا تعمُّ الحاجةُ إليها، فأشبهت الثياب والحيوانات.

الشرط الثالث: أن يضيق على الناس بشرائه، ولا يحصل ذلك إلا بأمرين، أحدهما: أن يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار، كالحرمين والثغور، وظاهر هذا أن البلاد الواسعة الكثيرة المرافق والجلب، كبغداد والبصرة ومصر، لا يحرم فيها الاحتكار؛ لأن ذلك لا يؤثر فيها غالباً، والثاني: أن يكون في حال الضيق، بأن يدخل في البلد قافلة، فيتبادر ذوو الأموال، فيشترونها ويضيقون على الناس، فأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص على وجه لا يضيق على أحد، فليس بمحرم.

وقال ابن العربي في «شرح الترمذي»(٢): للحكرة محلٌّ وزمانٌ، فأما المحلُّ، فقال مالك والثوري: الاحتكار في كل شيء، إذا أضرّ بالناس، إلا الفواكه، وقال ابن حنبل: الاحتكار في الطعام وحده في مكة والمدينة والثغور، لا في الأمصار، وقيل: ليست الحكرة إلا في القوت لا في الإدام، ولذا كان يحتكر ابن المسيّب الزيت، وأما زمان الاحتكار، فاختلف أيضاً فيه، فقيل: في كل وقت، وقيل: إنما ذلك عند مسيس الحاجة إليه، انتهى.

---

(١) البزر: كل حب يبذر للنبات جمعه بزور.

(٢) «عارضة الأحوذي» (٦/ ٢٢).

. . . .

وقال النووي[١]: قال أصحابنا: الاحتكار المحرم: هو الاحتكار في الأقوات خاصة. وهو أن يشتري الطعام في وقت الغلاء للتجارة. ولا يبيعه في الحال، بل يدّخره ليغلو ثمنه. فأما إذا جاءه من قرية، أو اشتراه في وقت الرخص، وادّخره أو ابتاعه في وقت الغلاء لحاجته إلى أكله، أو ابتاعه ليبيعه في وقته، فليس باحتكار، ولا تحريم فيه، وأما غير الأقوات فلا يحرم الاحتكار فيه بكل حال، هذا تفصيل مذهبنا.

وقال العلماء: الحكمة في تحريم الاحتكار دفع الضرر عن عامة الناس. كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام، واضطر الناس إليه، ولم يجدوا غيره، أجبر على بيعه، دفعاً للضرر عن الناس. وأما ما في مسلم عن ابن المسيب ومعمر راوي الحديث أنهما كانا يحتكران، فقال ابن عبد البر وآخرون: إنما كانا يحتكران الزيت. وحملا الحديث على احتكار القوت عند الحاجة إليه والغلاء، وكذا حمله الشافعي وأبو حنيفة وآخرون، وهو الصحيح، انتهى.

وفي «الدر المختار»[٢]: كره احتكار قوت البشر كتينٍ وعنب ولوز، والبهائم كَتِبْنٍ وقَتٍّ[٣] في بلدٍ يضر بأهله. فإن لم يضر لم يكره. ويجب أن يأمره القاضي ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله، فإن لم يبع، بل خالف أمر القاضي عَزَّرَه بما رآه، وباع القاضي عليه طعامه وفاقاً على الصحيح، وفي «السراج»: لو خاف الإمام على أهل بلدٍ الهلاك، أخذ الطعام من المحتكرين، وفَرَّق عليهم، فإذا وجدوا سَعة ردوا مثله، وهذا ليس بحجر، بل للضرورة،

---

(١) «شرح النووي على صحيح مسلم» (٦/ ١١/ ٤٣).

(٢) (٩/ ٦٥٦).

(٣) قت بالقاف والتاء المثناة من فوق: الفصفصة بكسر الفائين وهي الرطبة من علف الدواب. اهـ.

....

ومن اضطر لمال غيره، وخاف الهلاك تناوله بلا رضاه، ولا يكون محتكراً بحبس غلة أرضه بلا خلاف ومجلوبه من بلد آخر خلافاً للثاني، وعند محمد إن كان يجلب منه عادة كره، وهو المختار.

قال ابن عابدين: قوله: قُوْتُ البشر قول أبي حنيفة ومحمد وعليه الفتوى، وعن أبي يوسف كل ما أَضَرَّ بالعامة حبسه، فهو احتكار، وعن محمد الاحتكار في الثياب، وقوله: كتين وعنب، أي مما يقوم به بدنهم من الرزق، ولو دخناً لا عسلاً وسمناً، وقوله: في بلد يضُرُّ بأهله، بأن كان البلد صغيراً، وقوله: لا يكون محتكراً بحبس غلة أرضه؛ لأنه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة، ألا ترى أن له أن لا يزرع، فكذا له أن لا يبيع، والظاهر أنه لا يأثم إثم المحتكرين، وإن أثم بانتظار الغلاء أو القحط لنية السوء للمسلمين.

وهل يجبر على بيعه؟ الظاهر نعم، إن اضطر الناس إليه، وقوله: مجلوبه من بلد آخر؛ لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع في المصر، وجلب إلى فنائها، «هداية»، وقال القهستاني: يستحب أن يبيعه، فإنه لا يخلو عن كراهة خلافاً للثاني، فعنده يكره كما في «الهداية»، واعترضه الإتقاني بأن الفقيه جعله متفقاً عليه، وقوله: إن كان يجلب منه عادة، احتراز عما إذا كان البلد بعيداً لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر؛ لأنه لم يتعلق به حق العامة، انتهى.

وبسط الباجي[١] الكلام على هذه المسألة، فقال: فيها أربعة أبواب: **أحدها**: بيان معنى الاحتكار وحكمه، **الثاني**: في بيان معنى الوقت الذي يمنع فيه الادّخار، **الثالث**: في بيان ما يتعلق به في المنع من الاحتكار، **الرابع**: في بيان من يمنع من الاحتكار.

(١) «المنتقى» (٥/ ١٥).

....

ثم فصل الكلام على هذه الأبواب، فقال في **الباب الأول**: إن الاحتكار هو الادخار للمبيع، وطلب الربح بتقلب الأسواق، وأما الادّخار للقوت فليس من باب الاحتكار، وإذا ثبت ذلك، فإن احتكار الأقوات وغيرها ليس بممنوع، روى ابن المواز عن مالك أنه سئل عن التربص بالطعام وغيره رجاء الغلاء؟ قال: ما علمت فيه بنهي، ولا أعلم به بأساً، يحبس إذا شاء، ويبيع إذا شاء، قيل لمالك: فمن يبتاع الطعام فيجب غلاؤه؟ قال: وما من أحد يبتاع طعاماً أو غيره إلا ويجب غلاؤه، قال الباجي: ويتعلق المنع بمن يشتري في وقت الغلاء أكثر من مقدار قوته. ثم بسط الكلام[1] عليه.

ثم قال في **الباب الثاني**: إن لذلك حالتين، إحداهما: حال ضرورة وضيق. فهذا حال يمنع فيها من الاحتكار، ولا خلاف نعلمه في ذلك. والثانية: حال كثرة وسعة، فههنا اختلف أصحابنا، فالذي رواه ابن القاسم عن مالك أنه لا يمنع فيها من احتكار شيء من الأشياء، وروى ابنُ حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك: أن احتكار الطعام يمنع في كل وقت، فأما غير الطعام فلا يمنع احتكاره إلا في وقت الضرورة دون وقت السعة، وعلى هذا فجميع القطاني والحبوب التي هي للقوت والعلوفة يتعلق بها هذا المنع، وكذلك الزيت والعسل والسمن والزبيب والتين وشبهها، فإن ذلك كله بمنزلة القمح.

وقال في **الباب الثالث**: إن الذي رواه ابن المواز وابن القاسم عن مالك: أن الطعام وغيره من الكتان والقطن وجميع ما يحتاج إليه في ذلك سواء، فيمنع من احتكاره ما أضَرَّ ذلك بالناس.

ووجه ذلك أن هذا مما تدعو الحاجة إليه لمصالح الناس، فوجب أن يمنع من إدخال المضرة عليهم باحتكاره كالطعام.

(١) «المنتقى» (٥/١٦).

١٣٥٢/٥٦ ـ **حدّثني** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: لَا حُكْرَةَ فِي سُوقِنَا. ....

وقال في **الباب الرابع**: أما ما يمنع من الاحتكار، فإن الناس في ذلك على ضربين:

ضربٌ: صار إليه بزراعته أو جلابه، فهذا لا يمنع من احتكاره، ولا من استدامة إمساكه ما شاء، كان ذلك ضرورة أو غيرها.

والضرب الثاني: من صار إليه الطعام بابتياع بالبلد، فإن المنع يتعلق به في وقتين، أحدهما: أن يبتاعه في وقت ضرورة، وقد قدمنا بيان ذلك، والثاني: أن يبتاعه في وقت سعة وجواز الشراء، ثم تلحق الناس شدة وضرورة إلى الطعام، ففي كتاب ابن المواز: قيل لمالك: فإذا كان الغلاء الشديد، وعند الناس طعام مخزوم، أيباع عليهم؟ قال: ما سمعته، وقال في موضع آخر: فإذا كان في البلد طعام مخزون، واحتيج إليه للغلاء، فلا بأس أن يأمر الإمام بإخراجه إلى السوق فيباع، وإن احتكر شيئاً من ذلك من لا يجوز له احتكاره، ففي كتاب ابن مزين عن عيسى بن دينار أنه قال: يتوب، ويخرجه إلى السوق، ويبيعه من أهل الحاجة إليه بمثل ما اشتراه به، لا يزداد فيه شيئاً.

ووجه ذلك أن المنع قد تعلق بشرائه لحقِّ الناس وأهل الحاجة، فإذا صرفه إليهم بمثل ما كانوا يأخذونه أولاً حين ابتياعه إياه، فقد رجع عن فعله الممنوع منه، فإن أبى من ذلك، فقد قال ابن حبيب: يخرج من يده إلى أهل السوق يشتركون فيه بالثمن، فإن لم يعلم ثمنه فبسعره يوم احتكاره، انتهى.

١٣٥٢/٥٦ ـ **(مالك أنه بلغه)** ورُوي موصولاً عند البيهقي، كما سيأتي **(أن عمر بن الخطاب)** ـ رضي الله عنه ـ **(قال: لا حُكرة في سوقنا)** إعلان من أمير المؤمنين عمر ـ رضي الله عنه ـ أن لا يحتكر أحد في سوقنا، قال الباجي: يريد المنع من الاحتكار في سوق المدينة ـ على ساكنها أفضل الصلاة والسلام ـ لأن غالب أحوالها غلاء الأسعار وقلة الأقوات وضيقها على

لَا يَعْمِدُ رِجَالٌ بِأَيْدِيهِمْ فُضُولٌ مِنْ أَذْهَابٍ، إِلَى رِزْقٍ من رِزْقِ اللَّهِ نَزَلَ بِسَاحَتِنَا. فَيَحْتَكِرُونَهُ عَلَيْنَا. وَلٰكِنْ أَيُّمَا جَالِبٍ جَلَبَ عَلَى عَمُودِ كَبِدِهِ فِي الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ، ....

المتقوتين بها، وذلك يمنع الادّخار، لما فيه من التضييق على الناس في أقواتهم، انتهى.

ثم فصل عمر ـ رضي الله عنه ـ إعلانه المجمل بقوله: **(لا يعمِد)** بكسر الميم أي لا يقصد، نفي بمعنى النهي **(رجالٌ)** موصوف وصفته **(بأيديهم فضول)** جمع فضل أي زيادات من حاجاتهم **(من أذهاب)** جمع ذهب، كسبب وأسباب، جمعه باعتبار الكثرة أي بأيديهم مقدار كثير من الذهب **(إلى رزق من أرزاق الله)** وفي النسخ المصرية[١]: من رزق الله بالإفراد، ولفظ إلى يتعلق بقوله: لا يعمد **(نزل)** هذا الرزق من الله **(بساحتنا)** الساحة: المكان الواسع، ومنه ساحة الدار، يعني فيشترونه **(فيحتكرونه علينا)**، فإنه لا يجوز احتكارهم إذا شروه من ساحتنا.

(ولكن أيما جالب جلب) يعني لكن الذي جلب الرزق من أمصار أخر **(على عمودِ كَبِدِهِ)** أراد به ظهره؛ لأنه يمسك البطن ويقويه، فصار كالعمود له، وقيل: أراد أنه يأتي به على تعب ومشقة، وإن لم يكن ذلك الشيء على ظهره، وإنما هو مَثَلٌ، وقيل: يريد بكبده الحاملة؛ لأن الجالب إنما يحمل على دوابه لا على ظهره **(في الشتاء والصيف)** قال عيسى بن دينار: معناه جلب في قلب الشتاء وشدة برده، وقلب الصيف وشدة حره، فيلقى النصب في سفره من الحر والبرد.

قال الباجي[٢]: إن معناه على ما يعتمد عليه من كبده، ويريد بذلك إن كان يجلب على ظهره أو على ظهر دابته، فأضاف كبدها إليه بحق ملكه لها

---

(١) انظر: «الاستذكار» (٢٠/ ٧٠).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٧).

فَذٰلِكَ ضَيْفُ عُمَرَ. فَلْيَبِعْ كَيْفَ شَاءَ اللَّهُ. وَلْيُمْسِكْ كَيْفَ شَاءَ اللَّهُ.

٥٧/١٣٥٣ ـ **وحدّثني** عَنْ مَالِكٍ، عَنْ يُونُسَ بْنِ يُوسُفَ، ...

واختصاصه بها **(فذلك)** الجالب **(ضيف)** بضاد معجمة **(عمر)** يعني بمنزلة الضيف له يحميه عمر، قال الباجي: يريد أن عمر ـ رضي الله عنه ـ يمنعه ممن أراد إجباره على البيع **(فليبع كيف شاء الله وليمسك)** ماله وليحتكر **(كيف شاء الله)** قال الباجي: أضاف المشيئة إلى الله تعالى، لقوله تعالى: ﴿وَمَا تَشَآءُونَ إِلَّآ أَن يَشَآءَ ٱللَّهُۚ﴾ فلا يشاء الجالب البيع والإمساك إلا أن يشاء الله تعالى.

قال الزرقاني[(١)]: قال: ذلك لئلا يمتنع الناس عن الجلب، فإن نزل بالناس حاجة، ولم يوجد عند غيره جُبِرَ على بيعه بسعر الوقت لرفع الضرر عن الناس، قاله عياض والقرطبي، انتهى.

والأثر أخرجه البيهقي[(٢)] بسنده إلى إسماعيل بن إبراهيم عن أبيه أن عمر ـ رضي الله عنه ـ خرج إلى السوق، فرأى ناساً يحتكرون بفضل أذهابهم[(٣)]، فقال عمر ـ رضي الله عنه ـ: لا، ولا نعمة عين يأتينا الله عز وجل بالرزق، حتى إذا نزل بسوقنا قام أقوام، فاحتكروا بفضل أذهابهم عن الأرملة والمسكين، إذا خرج الجلّاب، باعوا على نحو ما يريدون من التحكم، ولكن جالب جلب يحمله على عمود كبده في الشتاء والصيف، حتى ينزل سوقنا، فذلك ضيف لعمر، فليبع كيف شاء الله، وليمسك كيف شاء، قال: وذكره مالك في «الموطأ» مرسلاً عن عمر ـ رضي الله عنه ـ.

٥٧/١٣٥٣ ـ **(مالك عن يونس بن يوسف)** بن حماس بكسر المهملة وخفة الميم آخره سين مهملة، ابن عمرو الليثي المدني، وقيل: يوسف بن

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٢٩٩).

(٢) «سنن البيهقي» (٦/ ٣٠).

(٣) جمع ذهب. مكيال باليمن «مجمع».

عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ مَرَّ بِحَاطِبِ بْنِ أَبِي بَلْتَعَةَ. وَهُوَ يَبِيعُ زَبِيباً لَهُ بِالسُّوقِ. فَقَالَ لَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: إِمَّا أَنْ تَزِيدَ فِي السِّعْرِ. وَإِمَّا أَنْ تُرْفَعَ مِنْ سُوقِنَا.

يونس بن حماس من رواة مسلم وغيره، ذكره ابن حبان في الثقات في من اسمه يوسف، وقال: وهو الذي يُخطئ فيه التنيسي عن مالك، فيقول: يونس بن يوسف، وكان من عباد أهل المدينة، لمح امرأة يوماً، فدعا الله تعالى فأذهب عينيه، ثم دعا فردّ عليه بصره.

(عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب مَرَّ بحاطب بن أبي بلتعة) بفتح الموحدة وسكون اللام وفتح الفوقية والعين المهملة، عمرو بن عمير اللخمي، حليف بني أسد شهد بدراً، وتُوُفي سنة ٣٥هـ عن خمس وستين سنة **(وهو)** أي حاطب **(يبيع زبيباً له في السوق)** بأرخص مما يبيع الناس، قاله الزرقاني[(١)].

(فقال له عمر بن الخطاب: إما أن تزيد في السعر) بأن تبيع بمثل ما يبيع أهل السوق، وظاهر كلام الشراح أنه ـ رضي الله عنه ـ كان يبيع بأرخص من السوق، فأمره عمر ـ رضي الله عنه ـ بالغلاء لئلا يتضرر به أهل السوق، وأوَّله القاري في «شرح الموطأ» لمحمد: أنه كان يبيع بالغلاء، ولذا قال: إن لا ههنا محذوفة، أي بأن لا تزيد. وتعقبه صاحب «التعليق الممجد»[(٢)] فقال: لا حاجة إلى ذلك، انتهى.

(وإما أن ترفع من سوقنا) فتبيع في بيتك لئلا يضر بك أهل السوق، قال الزرقاني: إلى هذا ذهب جماعة أن الواحد والاثنين ليس لهم البيع بأرخص مما يبيع أهل السوق دفعاً للضرر، وقال بذلك القاضي عبد الوهاب، قال ابن رشد في «البيان»: وهو غلط ظاهر إذ لا يلام أحد على المسامحة في البيع والحطيطة فيه، بل يشكر على ذلك إن فعله لوجه الناس، ويؤجر إن فعله لوجه الله، انتهى.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٢٩٩).

(٢) (٣/ ٢٤٨).

....

قلت: وأمرُ عمر ـ رضي الله عنه ـ كان بطريق المشورة والنصيحة له كما في الرواية المفصلة، فإن البيهقي[(١)] أخرج أثر الباب برواية ابن وهب عن مالك عن يونس بن يوسف بهذا اللفظ، ثم قال: فهذا مختصر، وتمامه فيما روى الشافعي بسنده عن القاسم بن محمد عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه مَرَّ بحاطب بسوق المصلّىٰ، وبين يديه غرارتان، فيهما زبيب، فسأله عن سعرهما، فَسَعَّرَ له مدين بكل درهم، فقال له عمر ـ رضي الله عنه ـ: قد حُدِّثْتُ بَعِيرٌ مقبلةٌ من الطائف تُحْمَلُ زبيباً، وهم يعتبرون بسعرك، فإما أن ترفع في السعر، وإما أن تدخل زبيبك البيت، فتبيعه كيف شئت، فلما رجع عمر ـ رضي الله عنه ـ حاسب نفسه، ثم أتى حاطباً في داره، فقال: إن الذي قلت ليس بعزمة مني ولا قضاء، إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد، فحيث شئتَ فبع، وكيف شئتَ فبع.

وفي «المحلى»: قال الشافعي: هذا الحديث ليس مخالفاً لما روى مالك، ولكنه روى بعض الحديث، وهذا أتى بأول الحديث وبآخره، وبه أقول، انتهى.

قال الباجي[(٢)]: روى ابنُ مزين عن عيسى بن دينار: أن معنى ذلك، أن حاطب بن أبي بلتعة كان يبيع دون سعر الناس، فأمره عمر ـ رضي الله عنه ـ أن يلحق بسعر الناس أو يقوم من السوق.

قال الباجي: والتسعير على ضربين: **أحدهما**: هذا الذي ذكرناه من أن من حطّ من سعر الناس، أمر أن يلحق بسعرهم، أو يقوم من السوق، وفي ذلك ثلاثة أبواب، **أحدها**: في تبيين السعر الذي يؤمر من حطّ عنه أنه يلحق

(١) «السنن الكبرى» (٦/ ٢٩).
(٢) «المنتقى» (٥/ ١٧).

....

به، **والثاني**: في تبيين من يختص به ذلك من البائعين، **والثالث**: في تبيين ما يختص به ذلك من المبيعات.

الضرب الثاني: أن يُحَدَّ لأهل السوق سعرٌ ليبيعوا عليه فلا يتجاوزونه، فهذا منع عنه مالك، وبه قال ابن عمر وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد، وأرخص فيه سعيد بن المسيب وربيعة بن عبد الرحمن ويحيى بن سعيد الأنصاري.

وروى أشهب عن مالك في «العتبية» في صاحب السوق يُسَعِّرُ على الجزّارين لحم الضأن ثلث رطل، ولحم الإبل نصف رطل، وإلا خرجوا من السوق، قال: إذا سعّر عليهم قدر ما يرى من شرائهم فلا بأس به، ولكن أخاف أن يقوموا من السوق.

وجه القول الأول ما رُوي عن أبي هريرة أنه قال: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله سَعِّرْ لنا، فقال: بل ادعوا الله، ثم جاءه رجل، فقال: يا رسول الله سَعِّرْ لنا، فقال: بل الله يرفع ويخفض، وإني لأرجو أن ألقى الله وليست لأحد عندي مظلمة».

ومن جهة المعنى، أن إجبار الناس على بيع أموالهم بغير ما تطيب به أنفسُهم ظلمٌ لهم، منافٍ لملكها لهم.

ووجه قول أشهب ما يجب من النظر في مصالح العامة والمنع من إغلاء السعر عليهم والإفساد عليهم، وليس يجبر الناس على البيع، وإنما يمنعون من البيع بغير السعر الذي يَحُدُّه الإمام على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمبتاع، فإذا قلنا بقول أشهب، ففي ذلك ثلاثة أبواب، أحدها: في صفة التسعير، والثاني: في ذكر من يسعر عليه، والثالث: فيما يتعلق به التسعير من المبيعات، ثم ذكر الكلام على هذه الأبواب الستة[١]، فارجع إليه[٢] لو شئت التفصيل.

---

(١) الثلاثة هذه والثلاثة من الضرب الأول اهـ، «ش».

(٢) «المنتقى» (٥/١٨).

....

وقال الموفق[١]: قال ابن حامد: ليس للإمام أن يُسَعِّرَ على الناس، بل يبيع الناس أموالهم على ما يختارون، وهذا مذهب الشافعي، وكان مالك يقول: يقال لمن يُريد أن يبيع أقلَّ مما يبيع به الناسُ: بع كما يبيع الناسُ وإلا فاخرج عنّا، واحتجَّ له بما روى الشافعي وسعيد بن منصور عن داود بن صالح التمَّار عن القاسم بن محمد عن عمر في قصة حاطب المذكور.

ولنا؛ ما روى أبو داود والترمذي [وابن ماجه] عن أنس قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ، فقالوا: يا رسول الله سَعِّرْ لنا، فقال: «إن الله هو المُسَعِّرُ القابض الباسط، إني لأرجو أن ألقى الله، وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم ولا مال»[٢] قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وعن أبي سعيد مثله.

فوجه الدلالة من وجهين؛ أحدهما: أنه لم يسعّر وقد سألوه ذلك، ولو جاز لأجابهم إليه، والثاني: أنه علل بكونه مظلمة، وقال بعض أصحابنا: التسعير سبب الغلاء؛ لأن الجالبين إذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلعهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون، وحديث عمر فقد روى فيه سعيد والشافعي أن عمر ـ رضي الله عنه ـ لما رجع حاسب نفسه، ثم أتى حاطباً في داره، فقال: إن الذي قلت لك ليس بعزيمة مني ولا قضاء، وإنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد، فحيث شئت فبع كيف شئت، فهذا رجوع إلى ما قلنا، انتهى.

وعلى التسعير حمل محمد أثر الباب، فقال في «موطئه»[٣] بعد ذكر قصة

---

(١) «المغني» (٦/ ٣١١).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٤٥١)، والترمذي (١٣١٤)، وابن ماجه (٢٢٠٠).

(٣) «موطأ محمد مع التعليق الممجد» (٣/ ٢٤٩).

١٣٥٤/٥٨ ـ **وحدّثني** عَنْ مَالِكٍ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ: أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ كَانَ يَنْهَىٰ عَنِ الْحُكْرَةِ.

(٢٥) باب ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه . .

حاطب بنحو رواية يحيى، فقال: قال محمد: وبهذا نأخذ لا ينبغي أن يسعر على المسلمين، فيقال لهم: بيعوا كذا وكذا، ويُجْبَرُوا على ذلك، وهو قول أبي حنيفة والعامة من فقهائنا، انتهى.

وفي «الدر المختار»(١): لا يُسَعِّرُ حاكمٌ إلا إذا تَعَدَّىٰ الأرباب عن القيمة تعدياً فاحشاً، فَيُسَعِّرُ بمشورة أهل الرأي، وقال مالك: على الوالي التسعير عام الغلاء، قال ابن عابدين: قوله: تعدياً فاحشاً، بَيَّنَه الزيلعيُّ وغيره بالبيع بضعف القيمة، انتهى. ومناسبة أثر الباب بالحكرة أن التسعير يكون مرتباً على الاحتكار في غالب الأحوال، ولذا يذكرون مسائل التسعير في الاحتكار.

١٣٥٤/٥٨ ـ **(مالك أنه بلغه أن)** أمير المؤمنين **(عثمان بن عفان)** ـ رضي الله عنه ـ أيضاً **(كان ينهى)** في زمان خلافته **(عن الحُكرة)** ذكره إظهاراً، لأن النهي عن الحُكرة كان شائعاً مستمراً في زمان الخلفاء الراشدين.

(٢٥) ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض
و ـ ما يجوز من ـ السلف فيه

أي بيان جواز السلم في الحيوان، ذكر المصنف في الباب مسألتين: أولاهما: بيع الحيوان بالحيوان، وتقدم اختلاف الأئمة في ذلك مبسوطاً في أول البيوع في «باب بيع العربان»، وحاصل ما تقدم هناك من تفصيل المذاهب أن بيع الحيوان بالحيوان مع اتحاد الجنس يجوز متفاضلاً، نقداً عند الأئمة الأربعة، فباختلاف الجنس بالأولى.

---

(١) (٧١٩/٦) وانظر «بدائع الصنائع» (٢٠٩/٥) و«فتح القدير» (٣٢٧/٥) و«حاشية الدسوقي» (٢٠٧/٣).

٥٩/١٣٥٥ ـ **حدّثني** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ صَالِحِ بْنِ كَيْسَانَ، عَنْ حَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ بَاعَ جَمَلاً لَهُ يُدْعَى عُصَيْفِيراً، بِعِشْرِينَ بَعِيراً، إِلَى أَجَلٍ.

وأما إذا كان البيع نسيئة، فيجوز كذلك عند الشافعي؛ ولا يجوز عند الأئمة الثلاثة الباقية باتحاد الجنس؛ إلا أن الإمام مالكاً أنزل اختلاف الصفات والمنافع المقصودة في الحيوان بمنزلة اختلاف الجنس، فأباح بيع الحيوان بالحيوان نسيئةً مع اتحاد الجنس، إذا اختلفت منافعها المقصودة منها من الحرث والجري والحمل وغير ذلك، كما تقدم تفصيلها. وأما المسألة الثانية، وهي السلم في الحيوان فيأتي في آخر الباب.

٥٩/١٣٥٥ ـ **(مالك عن صالح بن كيسان)** المدني **(عن الحسن بن محمد بن علي بن أبي طالب)** ومحمد هذا المعروف بابن الحنفية، **(أن علي بن أبي طالب)**، ورواه سعيد بن منصور في «سننه» عن أبي معشر عن صالح بن كيسان بهذا الإسناد، كما حكاه الموفق **(باع جملاً له يُدْعى)** ببناء المجهول **(عصيفيراً)** بضم أوله بتصغير عصفور **(بعشرين بعيراً)** صغاراً **(إلى أجل)** يعني باعه نسيئة.

قال الباجي[١]: وهذا على ما قدمناه من بيع الجنس بعضه ببعض متفاضلاً إلى أجل، إذا تباينت الأغراض فيه، وقدمنا أن الغرض من الإبل القوة على الحمل، فإذا كان هذا الجمل مشهوراً بالقوة على الحمل، جاز بيعه إلى أجل بعشرين من جملة الإبل، انتهى.

قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص»[٢]: في حديث الباب انقطاع بين الحسن وعلي، وقد روي عنه ما يعارض هذا، روى عبد الرزاق من طريق ابن

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٩).
(٢) «تلخيص الحبير» (٣/ ٩٩٦).

١٣٥٦/ ٦٠ ـ **وحدّثني** عَنْ مَالِكٍ، عَنْ نَافِعٍ؛ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ اشْتَرَى رَاحِلَةً بِأَرْبَعَةِ أَبْعِرَةٍ مَضْمُونَةٍ عَلَيْهِ، يُوفِيهَا صَاحِبَهَا

المسيب، عن علي أنه كره بعيراً ببعيرين نسيئة، وروى ابن أبي شيبة نحوه عنه، انتهى.

قلت: ويجمع بينهما على مسلك الإمام مالك بأن الذي كره إذا اتحدت منافعهما، والذي أباح إذا اختلفت منافعهما، وقال محمد في «موطئه»[1]: بلغنا عن علي ـ رضي الله عنه ـ خلاف ذلك، فذكر بسنده إلى أبي حسن البزار عن رجل من أصحاب رسول الله ﷺ عن علي بن أبي طالب ـ كرم الله وجهه ـ أنه نهى عن بيع البعير بالبعيرين إلى أجل، والشاة بالشاتين إلى أجل، وبلغنا عن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئةً» فبهذا نأخذ، وهو قول أبي حنيفة، انتهى.

١٣٥٦/ ٦٠ ـ **(مالك عن نافع: أن عبد الله بن عمر اشترى راحلة)** قال الزرقاني[2]: أي مركباً من الإبل، ذكراً كان أو أنثى، وقيل: هي الناقة التي تصلح أن ترحل، وجمعها رواحل، انتهى. وفي «التعليق الممجد»: أي ناقة قوية ترحل عليها **(بأربعة أبعرة)** بوزن أفعلة جمع بعير، يقع على الذكر والأنثى **(مضمونة عليه)** أي ثابتة في ذمته **(يوفيها صاحبها)** قال صاحب «المحلى» تبعاً للحافظين ابن حجر والعيني: قوله: مضمونة عليه، صفة راحلة، أي يكون في ضمان البائع، وقوله: يوفيها صاحبها أي يسلمها البائع إلى صاحبها الذي اشتراها منه، انتهى. قال العيني: يسلمها صاحب الراحلة إلى المشتري، انتهى.

وعلى هذا يكون ضمير عليه في قوله: مضمونة عليه إلى بائع الراحلة.

---

(١) «موطأ محمد مع التعليق الممجد» (٣/ ٢٦٦).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٠٠).

بِالرَّبَذَةِ.

وصرفه صاحب «التعليق الممجد» إلى ابن عمر إذ قال: أي ثابتة في ذمة ابن عمر إلى أجل، وعلى هذا يكون هذا صفة أبعرة، ولفظ محمد في «موطئه» مضمونة عليه يوفيها إياه بالربذة، قال صاحب «التعليق»[١]: من التوفية أو الإيفاء أي يعطي ابن عمر تلك الأبعرة إياه، أي البائع بالربذة، انتهى.

(بالربذة) أي في الربذة، بفتح الراء والموحدة والذال المعجمة في آخره تاء، قرية معروفة قرب المدينة، بها قبر أبي ذر الغفاري، قال ابن قرقول: هي على ثلاث مراحل من المدينة قريب من ذات عرق، كذا في «العيني»[٢]، والحديث علّقه البخاري بلفظ مالك.

قال الحافظ[٣]: وصله مالك والشافعي عنه عن نافع عن ابن عمر بهذا، ورواه ابن أبي شيبة من طريق أبي بشر عن نافع، أن ابن عمر اشترى ناقة بأربعة أبعِرَة بالربذة، فقال لصاحب الناقة: اذهب فانظر، فإن رضيت فقد وجب البيع، وقال أيضاً في «التلخيص»[٤]: وروي عنه ما يعارض هذا، رواه عبد الرزاق[٥] عن معمر، عن ابن طاوس، عن أبيه أنه سأل ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ عن بعير ببعيرين فكرهه، ورواه ابن أبي شيبة عن ابن أبي زائدة عن ابن عون عن ابن سيرين قلت لابن عمر: البعير بالبعيرين إلى أجل فكرهه، ويمكن الجمع بأنه كان يرى فيه الجواز، وإن كان مكروهاً على التنزيه لا على التحريم، انتهى.

---

(١) (٣/ ٢٦٥).

(٢) «عمدة القاري» (٨/ ٥٥٦).

(٣) «فتح الباري» (٤/ ٤١٩).

(٤) (٣/ ٩٩٥).

(٥) «مصنف عبد الرزاق» (١٤١٤٠).

١٣٥٧/ ٦١ ـ **وحدّثني** عَنْ مَالِكٍ؛ أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ، اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ؟ فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِذٰلِكَ.

١٣٥٧/ ٦١ ـ **(مالك أنه سأل ابن شهاب)** الزهري **(عن بيع الحيوان)** بأن يبيع **(اثنين)** منه **(بواحدٍ إلى أجل)** أي نسيئة **(فقال)** الزهري: **(لا بأس بذلك)** أي يجوز، قال الباجي[١]: يحتمل به أن يريد جنسين مختلفين في الخلقة والاسم، وهذا لا خلاف في جوازه، ويحتمل أن يريد به من جنس واحد في الخلقة والتسمية، ولكنهما يختلفان في المنفعة المقصودة من ذلك الجنس، انتهى.

قال صاحب «المحلى»: وفي الآثار دليل على أن الجنس بانفراده لا يحرم النساء ولا ربا في الحيوان، وهو قول الشافعي، واستدل له من المرفوع بما رواه أبو داود[٢] أنه ﷺ أمره أن يجهز جيشاً، فنفدت الإبل، فأمره أن يأخذ على قلائص الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة، وصححه الحاكم على شرط مسلم، لكن قال ابن القطان: هذا حديث ضعيف مضطرب الإسناد، وقد بسط ابن الهمام، قال: ولو صحّ يحمل هذا على أنه كان قبل تحريم الربا، وقال أبو حنيفة: إذا تحقق أحد جزئي العلة، وهما القدر والجنس حرم النساء.

واستدل لذلك بأنه ﷺ «نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»، أخرجه ابن حبان[٣] عن عكرمة عن ابن عباس وأصحاب «السنن الأربعة» عن الحسن عن سمرة، ورواه الترمذي[٤] عن جابر مرفوعاً: «الحيوان اثنين بواحد، لا يصح نساءً، ولا بأس يداً بيد»، وقال: هذا حديث حسن، وروى الطبراني عن ابن عمر نحوه.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٩).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٥٧).

(٣) «صحيح ابن حبان» (٥٠٢٨).

(٤) «سنن الترمذي» (٣/ ٥٣٩).

قَالَ مَالِكٌ: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا، أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِالْجَمَلِ بِالْجَمَلِ مِثْلِهِ. وَزِيَادَةِ دَرَاهِمَ. يَداً بِيَدٍ. وَلَا بَأْسَ بِالْجَمَلِ بِالْجَمَلِ مِثْلِهِ. وَزِيَادَةِ دَرَاهِمَ. الْجَمَلُ بِالْجَمَلِ ....

وعند أحمد عن ابن عمر أنهم قالوا: يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجيبة بالإبل؟ فقال: «لا بأس إذا كان يداً بيد»، قال الترمذي: إنه حديث حسن صحيح، وسماع الحسن من سمرة صحيح، هكذا قال علي بن المديني وغيره، والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، وهو قول سفيان الثوري وأهل الكوفة، وبه يقول أحمد، ورخّص بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، وهو قول الشافعي وإسحاق.

وقال الخطابي: حديث سمرة محمول على ما إذا كان النساء عن الطرفين، وقال ابن الهمام: هذا الحمل ليس بصحيح، فإنه أعم من ذلك، فلا يجوز المصير إليه.

قال صاحب «المحلى»: لكنه يَرِدُ على الحنفية ههنا إشكالٌ، وهو أنه قد تقرر عندهم أن عمل الراوي بخلاف روايته يدُلُّ على النسخ، وقد صح في «الموطأ» عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ، وهو من رواة حديث النهي، أنه اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة، انتهى. قلت: لكنه روي عنه في فتياه بخلاف ذلك، كما تقدم قريباً، والقول مقدم.

(قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أنه لا بأس بالجمل) أي يجوز بيع الجمل **(بالجمل)** وهو ذكر الإبل **(مثله)** بالجر صفة لجمل، يعني لا يتفاوت الجملان في الصفات والمنافع المقصودة، كما تقدم من مسلك الإمام مالك **(وزيادة دراهم)** يعني يكون في أحد الجانبين الدراهم أيضاً مع الجمل، وفي النسخ الهندية بلفظ «زيادة درهم» بالإفراد **(يداً بيد)** أي مناجزة **(ولا بأس)** أيضاً **(بالجمل)** أي ببيعه **(بالجمل مثله وزيادة دراهم)** بأن يكون **(الجمل بالجمل)**

يَداً بِيَدٍ. وَالدَّرَاهِمُ إِلَى أَجَلٍ. قَالَ: وَلَا خَيْرَ فِي الْجَمَلِ بِالْجَمَلِ مِثْلِهِ. وَزِيَادَةِ دَرَاهِمَ. الدَّرَاهِمُ نَقْداً، وَالْجَمَلُ إِلَى أَجَلٍ وَإِنْ أَخَّرْتَ الْجَمَلَ وَالدَّرَاهِمَ، لَا خَيْرَ فِي ذٰلِكَ أَيْضاً.

بالرفع على الابتداء، أي يكون بيعهما **(يداً بيد)** أي مناجزة **(و)** يكون **(الدراهم إلى أجل)** نسيئة.

(قال مالك: ولا خير) أي لا يجوز **(في الجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم)** بأن يكون **(الدراهم نقداً و)** يكون **(الجمل إلى أجل)** برفع الدراهم والجمل، ووجه عدم الجواز ظاهر، وهو النسيئة في المتجانسين **(وإن أخرت الجمل والدراهم)** معاً بأن يكون كلاهما نسيئة **(فلا خير في ذلك أيضاً)** يعني لا تجوز هذه الصورة أيضاً.

قال الباجي[١]: وهذا كما قال: إن ما يجوز فيه التفاضل نقداً من غير المقتات الذهب والفضة، فإن من باع بعضه ببعض يداً بيد، فلا يفسد ذلك ما كان معه من زيادة، من غير ذلك الجنس نقداً أو إلى أجل، بعد أن يتعجَّلَ المتجانسان، فإن تأجل شيء من جنسهما لم يجز ذلك بوجه، انتهى.

قال الخرقي: وما كان مما لا يُكَال ولا يُوزن فجائز التفاضل فيه يداً بيد، ولا يجوز نسيئة، انتهى. وقال الموفق[٢]: اختلفت الرواية عن الإمام أحمد في تحريم النَّساءِ في غير المكيل والموزون على أربع رواياتٍ؛ إحداهن: لا يَحْرُمُ النَّساءُ في شيء من ذلك سواء بيعَ بجنسه أو بغيره متساوياً أو متفاضلاً، وهذا مذهب الشافعي، لرواية أبي داود[٣] في تجهيز الجيش، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٠).

(٢) «المغني» (٦/ ٦٤).

(٣) «سنن أبي داود» (٢/ ٢٢٥).

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا بَأْسَ أَنْ يَبْتَاعَ الْبَعِيرَ النَّجِيبَ بِالْبَعِيرَيْنِ أَوْ بِالْأَبْعِرَةِ مِنَ الْحُمولَةِ مِنْ مَاشِيَةِ الْإِبِلِ ....

والرواية الثانية: يحرُمُ النَّساءُ في كل مالٍ بيع بجنسه، كالحيوان بالحيوان، ولا يحرم في غير ذلك، وهذا مذهب أبي حنيفة، وممن كره بيع الحيوان بالحيوان نساءً ابنُ الحنفيّة وعبد الله بن عُمير وعطاء وعكرمة بن خالد وابن سيرين والثوري، وروي ذلك عن عمار وابن عمر، لرواية سمرة المذكورة.

والرواية الثالثة: لا يحرم النساء إلا فيما بيع بجنسه متفاضلاً، فأما مع التماثل فلا، لرواية جابر الحيوان اثنين بواحد لا يصلُحُ نَساءً، ولا بأس به يداً بيد، وهذا يدل على إباحة النساء مع التماثل بمفهومه.

والرابعة: يحرم النساء في كل مال بيع بمال آخر، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه، وهذا ظاهر كلام الخرقي، ويحتمل أنه أراد الرواية الثالثة؛ لأنه بيع عرض بعرض، فَحَرُمَ النَّساءُ بينهما كالجنسين من أموال الربا، قال القاضي: فعلى هذا لو باع عرضاً بعرض، ومع أحدهما دراهم، العروض نقداً والدراهم نسيئة جاز، وإن كانت الدراهم نقداً والعروض نسيئة لم يجز؛ لأنه يفضي إلى النسيئة في العروض، وهذه الرواية ضعيفة جداً؛ لأنه إثبات حكم يخالف الأصل بغير نص ولا إجماع ولا قياس صحيح، وأصح الروايات هي الأولى لموافقتها الأصل، انتهى.

(قال مالك: ولا بأس) بـ**(أن يبتاع)** أي يشتري **(البعير النجيب)** بجيم على وزن كريم ومعناه **(بالبعيرين)** مثلاً **(أو بالأبعرة)** جمع بعير **(من الحمولة)** بفتح الحاء ما يُحْمَل عليه من بعير أو فرس أو بغل أو حمار، وبالضم الأحمال، كذا في «المجمع» **(من حاشية[1] الإبل)** حاشية كل شيء جانبه وطرفه، وجمعها الحواشي، هي صغار الإبل كابن مخاض واللبون كذا في «المجمع».

---

(١) وفي نسخة «ف» ماشية.

وَإِنْ كَانَتْ مِنْ نَعَمٍ وَاحِدَةٍ. فَلَا بَأْسَ أَنْ يُشْتَرَى مِنْهَا اثْنَانِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجلٍ. إِذَا اخْتَلَفَتْ فَبَانَ اخْتِلَافُهَا. وَإِنْ أَشْبَهَ بَعْضُهَا بَعْضاً. وَاخْتَلَفَتْ أَجْنَاسُهَا أَوْ لَمْ تَخْتَلِفْ. ....

قال الباجي[١]: يحتمل أن يريد بالنجيب جنساً من الإبل يختصّ بهذا الاسم، وأكثرها يركب بالسروج؛ لأنها للمشي السريع وليست للحمل، فهو نوع من الإبل، يقال لها: البخت، كما يقال لغيرها: الهجن، ويقال: البخت والعراب، ويحتمل أن يريد بالنجيب الفاره القوي على الحمل، كما يقال: رجل نجيب وفرس نجيب، إذا كان متقدماً في جنسه، فيكون هذا وصفاً لذلك الجمل، دون وصف نوعه ولا جنسه، فالحمولة من الإبل هو ما يحمل عليه منها دون ما يراد للدر والنسل خاصة وحواشيها أدونها، إلى آخر ما بسطه.

(وإن كانت) الجملة من البدلين **(من نعم واحدة)** قال الباجي: يحتمل أن يريد به من قطيع واحد ومن نسل فحل واحد، ويحتمل أن يريد به وإن كان نوعها واحداً، فإذا اختلفت بما ذكرناه من القوة على الحمل، فبان اختلافها جاز أن يباع منها واحد باثنين إلى أجل **(فلا بأس)** أي يجوز **(أن يشترى منها)** أي من الحواشي **(اثنان بواحد)** من النجيب **(إلى أجل)** أي نسيئة **(إذا اختلفا)** وفي النسخ المصرية: «اختلفت» أي أنواعهما باعتبار الأوصاف **(فبان)** أي ظهر **(اختلافهما)** أي يكون اختلاف النوعين ظاهراً.

(وإن أشبه بعضُها بعضاً) في الوصف المقصود منها **(واختلفت أجناسهما أو لم تختلف)** قال الباجي[٢]: يريد أنها إذا اشتبهت في المنفعة المقصودة وتقاربت فيها، وهي القوة على الحمل فسواء كان جنسها واحداً، بأن تكون هجناً كلها أو عراباً كلها أو بختا كلها، أو اختلفت أجناسها، فكان بعضها

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٠).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٢١).

فَلَا يُؤْخَذُ مِنْهَا اثْنَانِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَتَفْسِيرُ مَا كُرِهَ مِنْ ذٰلِكَ، أَنْ يُؤْخَذَ الْبَعِيرُ بِالْبَعِيرَيْنِ لَيْسَ بَيْنَهُمَا تَفَاضُلٌ فِي نَجَابَةٍ وَلَا رِحْلَةٍ. فَإِذَا كَانَ هٰذَا عَلَى مَا وَصَفْتُ لَكَ، فَلَا يُشْتَرَى مِنْهُ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ. ....

هجناً، وبعضها عراباً. أو على غير ذلك من الأجناس، فإنه لا يجوز منها واحد باثنين، انتهى.

قلت: والأشبه بمذهب الإمام مالك أن يمثل اختلاف الجنس بالبغال والحمير، فإنهما وإن كانا جنسين في الحقيقة، إلا أنه لما كانت المنفعة المقصودة منهما واحدة دخلا فيما أشبه بعضها بعضاً، كما تقدم في بيع العربان **(فلا يؤخذ منها اثنان بواحد إلى أجل)** أي نسيئة لما تقدم أن الإمام مالكاً ـ رحمه الله ـ أنزل اختلاف الصفات المقصودة بمنزلة اختلاف الجنس، واتفاق الصفات بمنزلة اتحاد الجنس، وإن اختلفت الأسماء، بخلاف الأئمة الثلاثة إذ أداروا الحكم على اختلاف الجنس واتفاقه.

(قال مالك: وتفسير) أي توضيح **(ما كره من ذلك)** أي مثال المكروه **(أن يؤخذ البعير بالبعيرين ليس بينهما)** أي بين البدلين **(تفاضل في نجابة ولا رحلة)** قال الباجي: يريد نهاية التساوي، وهو أن يكونا متساويين في جنس الخلقة ونوعها، والصبر على طول السير، والقوة على الحمولة، وهي الرحلة، وإنما أراد أن يبين علة منع التفاضل بأبلغ ذلك، وذكر ـ رحمه الله ـ كل ما له تأثير في المنع من ذلك، وقد تقدم أن جنس الخلقة وتمامها مؤكد للقوة على الحمل، كالفصاحة في العبد.

(فإذا كان هذا على ما وصفتُ) بصيغة المتكلم **(لك)** من التساوي في المعنيين المذكورين **(فلا يُشترى)** ببناء المجهول **(منه)** أي مما ذكر **(اثنان)** بالرفع نائب الفاعل، وفي النسخ الهندية «اثنين» بالنصب، فيكون فلا يشتري ببناء الفاعل، والضمير إلى مشتري **(بواحدِ إلى أجل)** أي نسيئة.

وَلَا بَأْسَ أَنْ تَبِيعَ مَا اشْتَرَيْتَ مِنْهَا قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْفِيَهُ، مِنْ غَيْرِ الَّذِي اشْتَرَيْتَهُ مِنْهُ، إِذَا انْتَقَدْتَ ثَمَنَهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ سَلَّفَ فِي شَيْءٍ مِنَ الْحَيَوَانِ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى، فَوَصَفَهُ وَحَلَّاهُ، وَنَقَدَ ثَمَنَهُ، فَذٰلِكَ جَائِزٌ. وَهُوَ لَازِمٌ لِلْبَائِعِ

(ولا بأس بأن تبيع ما اشتريتَ) بصيغة الخطاب **(منها قبل أن تستوفيه)** أي قبل الاستيفاء والقبض **(من غير الذي)** أي بيد غير من **(اشتريته منه)** يريد أنه وإن كان مطعوماً بعد الذبح، فيدخل في منع بيع الطعام قبل القبض، لكنه قبل الذبح ليس حكمه حكم المطعومات في المنع من بيعه قبل القبض، وفي الكراهية من بيع الجزاف، وفي التحريم في المكيل والموزون، وقوله: «من غير الذي اشتريته» تحقيق لمعنى البيع؛ لأنه قد يكون من بائعه على وجه الإقالة، كذا في «المنتقى»[1].

(إذا انتقدت ثمنه) أي لا بمؤجل، قال الباجي: يريد أن لا يبيعه بدين، وذلك أنه لا يخلو أن يكون الحيوان والعرض مؤجلاً أو غير مؤجل، فإن كان مؤجلاً لم يجز بيعه بمؤجل ممن هو عليه ولا من غيره؛ لأنه يدخل في بيعه ممن هو عليه «فسخ دين في دين»، ويدخله في بيعه من غيره «الكالئ بالكالئ» وكلاهما يمنع صحة العقد، انتهى.

قلت: وهذا مبنيٌّ على مسلك الإمام مالك في أن ما سوى الطعام يجوز بيعه قبل قبضه عنده، وتقدم اختلاف الأئمة في ذلك في «باب بيع العربان».

(قال مالك: ومن سلَّف) بتشديد اللام أي أسلم **(في شيء من الحيوان)** أي في نوع من أنواعه **(إلى أجل مسمى)** كما هو شرط السلم عند الجمهور **(فوصفه وحلَّاه)** بتشديد اللام أي بَيَّنَ حليته، فهو عطف تفسير **(ونقد ثمنه)** معجلاً، فإن ذلك شرط لصحة السلم **(فذلك)** السلم **(جائز وهو)** البيع **(لازم للبائع)** أداء

---

(١) (٥/ ٢١).

وَالْمُبْتَاعِ عَلَى مَا وَصَفَا وَحَلَّيا. وَلَمْ يَزَلْ ذٰلِكَ مِنْ عَمَلِ النَّاسِ الْجَائِزِ بَيْنَهُمْ. وَالَّذِي لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ أَهْلُ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا.

(وللمبتاع) أي المشتري أخذاً وقبولاً **(على ما وصفا)** أي البائع والمشتري **(وحلَّيا ولم يزل ذلك)** السلم **(من عمل الناس)** أي ما دام التعامل بذلك **(الجائز بينهم و)** هو **(الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا)** في المدينة المنورة.

قال صاحب «المحلى»: وبه قال الشافعي وأحمد؛ لأنه يصير معلوماً ببيان الجنس، والسن، والنوع، والصفة، والتفاوت بعد ذلك يسير، فَيُغْتَفَرُ بالإجماع، وقال أبو حنيفة: لا يجوز السلم في الحيوان دابةً ورقيقاً، وهو قول الأوزاعي لما أخرج الحاكم والدارقطني، وقال: صحيح الإسناد، عن ابن عباس «أنه ﷺ: نهى عن السلم في الحيوان».

وقال محمد في «الآثار»[1] أخبرنا أبو حنيفة ثنا حماد عن إبراهيم قال: دفع عبد الله بن مسعود إلى زيد بن خويلدة البكري مالاً مضاربةً، فأسلم زيد إلى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص، فلما حلّت أخذ بعضاً، وبقي بعض، فأعسر عتريس، وبلغه أن المال لعبد الله، فأتاه يسترفقه، وقال عبد الله: أفعل زيد؟ قال: نعم، فأرسل إليه فسأله، فقال له عبد الله: اردد ما أخذت، وخذ رأس مالك، ولا تُسْلِمَنَّ مالَنا في شيء من الحيوان، قال محمد: وبهذا نأخذ، لا يجوز السلم في شيء من الحيوان، وهو قول أبي حنيفة، انتهى.

وقال الموفق[2]: اختلفت الرواية يعني عن الإمام أحمد في السلم في الحيوان، فروي لا يصحّ السلم فيه، وهو قول الثوري وأصحاب الرأي، وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن جبير والشعبي والجُوْزجانيّ، لما رُوي عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: إن من الربا أبواباً لا

---

(١) «كتاب الآثار» (١٦٥).

(٢) «المغني» (٦/ ٣٨٨).

(٢٦) باب ما لا يجوز من بيع الحيوان

٦٢/١٣٥٨ ـ **حدّثني** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ؛ أَنَّ ....

تخفى، وإن منها السَّلَمَ في السن، ولأن الحيوان يختلف اختلافاً بيناً، فلا يمكن ضبطه، وظاهر المذهب صحة السلم فيه.

قال ابنُ المنذر: وممن روينا عنه، أنه لا بأس بالسلم في الحيوان ابنُ مسعود وابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومجاهد والزهري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور، وحكاه الجوزجاني عن عطاء والحكم؛ لأن أبا رافع قال: استسلف النبي ﷺ من رجل بكراً، رواه مسلم[١]، وروى عبد الله بن عمرو بن العاص قال: أمرني رسول الله ﷺ أن أبتاع البعير بالبعيرين، وبالأبعرة إلى مجيء الصدقة[٢].

فأما حديث عمر ـ رضي الله عنه ـ فلم يذكره أصحاب الاختلاف، ثم هو محمولٌ على أنهم يشترطون من ضِراب فَحْلِ بني فلان، قال الشعبيُّ: إنما كره ابن مسعود السلف في الحيوان؛ لأنهم اشترطوا نتاج فحل معلوم، رواه سعيد، ولو ثبت قول عمر ـ رضي الله عنه ـ في تحريم السلم في الحيوان، فقد عارضه قول من سمينا، اهـ.

وليت شعري أنهم كيف أباحوا السلم في الحيوان، وقد قالوا: لو غصب أحد حيواناً فأتلفه، تجب فيه القيمة، كما سيأتي في الأقضية.

(٢٦) ما لا يجوز من بيع الحيوان

يعني بيان البيوع التي لا تجوز في الحيوان.

٦٢/١٣٥٨ ـ **(مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر)** ـ رضي الله عنه ـ **(أن**

---

(١) «صحيح مسلم» (٣/ ١٢٢٤).

(٢) في نسخة: المصدق.

رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ حَبَلِ الْحَبَلَةِ. ....

رسول الله ﷺ نهى) نهي تحريم **(عن بيع حبل الحبلة)** بالمهملة الموحدة المفتوحتين فيهما وروي بسكون الباء في الأول، قال عياض: هو غلط، قال العيني[1]: حكى النووي إسكان الباء في الأول، وهو غلط، والصواب الفتح، سمي به المحبول، والتاء للمبالغة أو للإشعار بالأنوثة، قيل: والأول مصدر حبلت المرأة، والثاني جمع حابل كظلمة جمع ظالم، والحبل مختص بالآدميات، وإنما يقال في غيرهن الحمل، قال أبو عبيد: لا يقال في الحيوان حمل إلا ما جاء في هذا الحديث.

قال الحافظ[2]: وأثبته صاحب «المحكم» قولاً، فقال: اختلف، فقال: أهي للإناث عامة أم للآدميات خاصة؟ وحكى العيني عن «المحكم» كل ذات ظفر حُبْلىٰ، واختلفوا في المراد به المنهيّ عنه فقيل: هو البيع بثمن مؤجل إلى أن تلد الناقة، ويلد ولدها، وهذا تفسير ابن عمر ومالك والشافعي وغيرهم، وقيل: هو بيع ولد الناقة الحامل في الحال، وبه قال أبو عبيد وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، وهو أقرب إلى اللغة، والبيع فاسد على كلا المعنيين، كذا في «تهذيب اللغات»[3].

وفي «شرح المسند»: قال ابن التين: محصل الخلاف، هل المراد البيع إلى أجل أو بيع الجنين؟ وعلى الأول، هل المراد بالأجل ولادة الأم أو ولادة ولدها؟ وعلى الثاني، هل المراد بيع الجنين الأول أو بيع جنين الجنين؟ فصارت أربعة أقوال، وعلة النهي إما جهالة الأجل، أو أنه غير مقدور التسليم، أو أنه بيع المعدوم.

---

(١) «عمدة القاري» (٨/ ٤٣٧).

(٢) «فتح الباري» (٤/ ٣٥٧).

(٣) (٢/ ٦١).

....

وحكى صاحب «المحكم» في تفسيره قولاً خامساً، وهو بيع ما في بطون الأنعام، وهذا أيضاً من بيع الغرر، لكن هذا إنما فسر به ابن المسيب بيع المضامين، كما حكاه مالك، وفسر به غيره بيع الملاقيح، كذا في «التعليق الممجد»[١].

قلت: ما حكي من القول الخامس، هو بعينه الاحتمال الأول من الاحتمال الثاني في كلام «شرح المسند» وإرادة الجنين الأول من لفظ حبل الحبلة بعيد.

وفي «المحلى»: اختلفوا في تفسير تلك البيع، فقال جماعة: هو بيع ولد ولد الناقة الحامل في الحال، وهو المعنى بنتاج النتاج، وهذا تفسير أبي عبيدة معمر بن المثنى وصاحبه أبي عبيد القاسم بن سلّام وآخرين من أهل اللغة، وبه قال أحمد وإسحاق، وهو أقرب إلى اللغة، وقال عبد الله بن عمر، كما سيأتي في «الموطأ» يعني البيع بثمن مؤجل إلى أن تلد الناقة ويلد ولدها، وبهذا التفسير قال مالك والشافعي قالوا: هو أقوى، وإن كان الأول أقرب لفظاً؛ لأنه تفسير الراوي أعني ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ، وهو أعرف.

قال النووي[٢]: ومذهب الشافعي ومحققي الأصوليين أن تفسير الراوي مقدم إذا لم يخالف الظاهر، قال الطيبي: فإن قلت: تفسيره مخالف لظاهر الحديث، أجيب باحتمال أن يكون المراد بالظاهر الواقع، فإن هذا البيع كان في الجاهلية بهذا الأجل فليس التفسير حذاء اللفظ، بل بيان للواقع، انتهى.

قلت: وبالأول فسّره فقهاء الحنفية، ففي «الدر المختار»[٣] في بيان البيع

---

(١) (٣/ ٢٢١).

(٢) «شرح صحيح مسلم للنووي» (٥/ ١٠/ ١٥٨).

(٣) (٥/ ١٧٠).

وَكَانَ بَيْعاً يَتَبَايَعُهُ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ. كَانَ الرَّجُلُ يَبْتَاعُ الْجَزُورَ إِلَى أَنْ تُنْتَجَ ....

الباطل: النِتاج بكسر النون حبل الحبلة أي نتاج النتاج لدابة أو آدمي، قال ابن عابدين: المراد به هنا المنتوج. وفسره الزيلعي والرازي ومسكين بحبل الحبلة، بالفتحتين فيهما، مصدر حبلت المرأة حبلاً فهي حبلى، سمي به المحمول، وإنما أدخل عليه التاء للإشعار بمعنى الأنوثة؛ لأن معناه النهي عن بيع ما سوف يحمله الجنين إن كان أنثى، ومن روى الحبلة بكسر الباء فقد أخطأ، انتهى.

قال الباجي[1]: الحبل هو الحمل، والحبلة الجنين، فكأنه باعه إلى أن ينقضي حمل الجنين الذي في بطن الناقة ينتج، ثم تحمل، فيحلّ البيع بانقضاء حمله، وذلك على ضربين: أحدهما: أن يكون الأجل يتقدر به، والثاني: أن يكون المبيع هو الجنين الثاني، أما الأول فلا يجوز؛ لأن الأجل مقصود بالعقد، فيجب أن يكون معلوماً.

والذي يدخل الفساد فيه أمران: أحدهما: الجهالة به، والثاني: أن يكون بعيداً يدخله الغرر لبعده، فأما الأول فعلى ما ذكرناه من البيع، إلى أن تنتج الناقة، أو ينتج ما في بطنها، أو إلى قدوم فلان، أو نزول المطر وغير ذلك مما يختلف اختلافاً متبايناً تختلف الأغراض باختلافه، وإن كان إلى أجل بعيد جداً، ففي «المدونة» عن مالك: يجوز شراء سلعة إلى عشرين سنة، وقال ابن القاسم في «الموازية»: إنه جوَّز ذلك إلى عشر سنين وكرهه إلى عشرين، قال: ولا أفسخه إلى ستين أو تسعين سنة، انتهى.

(وكان) بيع حبل الحبلة **(بيعاً يتبايعه)** من التفاعل **(أهل الجاهلية)** أي كان هذا البيع معروفاً عندهم، وصورته **(كان الرجل)** منهم **(يبتاع)** أي يشتري **(الجزور)** بفتح الجيم وضم الزاي، البعير ذكراً كان أو أنثى **(إلى أن تنتج)** بضم

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢١).

النَّاقَةُ. ثُمَّ تُنْتَجَ الَّتِي فِي بَطْنِهَا.

أخرجه البخاريّ في: ٣٤ ـ كتاب البيوع، ٦١ ـ باب بيع الغَرر وحَبَلَ الحبلة.
ومسلم في: ٢١ ـ كتاب البيوع، ٣ ـ باب تحريم بيع حَبَل الحبَلة، حديث ٥ و٦.

١٣٥٩/ ٦٣ ـ **وحدّثني** عَنْ مَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ؛ أَنَّهُ ....

الفوقية وسكون النون وفتح الفوقية الثانية، أي تلد، وهو من الأفعال التي لم تسمع إلا مبنيةً للمفعول، نحو جُنَّ، وفي «المحلى»: فعل لازم البناء للمفعول **(الناقة)** مرفوع بإسناد «تنتج» إليها أي تضع ولدها **(ثم تنتج التي في بطنها)** أي ثم تعيش المولودة حتى تكبر ثم تلد.

قال الحافظ[1]: كذا وقع هذا التفسير في «الموطأ» متصلاً بالحديث، قال الإسماعيلي: هو مدرج يعني أن التفسير من كلام نافع، وكذا ذكر الخطيب في «المدرج»، وفي آخر السلم من «البخاري» عن جويرية التصريح بأن نافعاً هو الذي فسره، لكن لا يلزم من كون نافع فسره لجويرية أن لا يكون ذلك التفسير مما حمله عن مولاه ابن عمر.

ففي أيام الجاهلية عند البخاري عن ابن عمر قال: كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى حبل الحبلة، وحبل الحبلة أن تنتج الناقة ما في بطنها، ثم تحمل التي نتجت، فنهاهم رسول الله ﷺ عن ذلك، فظاهر هذا السياق أن هذا التفسير من كلام ابن عمر، ولهذا جزم ابن عبد البر بأنه من تفسير ابن عمر، وقد أخرجه مسلم من رواية الليث، والترمذي، والنسائي من رواية أيوب كلاهما عن نافع بدون التفسير، وأخرجه أحمد والنسائي وابن ماجه من طريق سعيد بن جبير عن ابن عمر بدون التفسير أيضاً، انتهى.

١٣٥٩/ ٦٣ ـ **(مالك عن ابن شهاب)** الزهري **(عن سعيد بن المسيب أنه**

(١) «فتح الباري» (٤/ ٣٥٧).

قَالَ: لَا رِباً فِي الْحَيوانِ. وَإِنَّمَا نُهِيَ مِنَ الْحَيوانِ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ الْمَضَامِينِ، وَالْمَلَاقِيحِ، وَحَبَلِ الْحَبَلَةِ. وَالْمَضَامِينُ بَيْعُ مَا فِي بُطُونِ إِنَاثِ الْإِبِلِ. وَالْمَلَاقِيحُ بَيْعُ مَا فِي ظُهُورِ الْجِمَالِ.

قال: لا ربا في الحيوان) مطلقاً نقداً ونسيئة، وقال الباجي[1]: معناه ـ والله أعلم ـ لا يثبت فيه حكم تحريم التفاضل يداً بيد، انتهى. قلت: لا تخصيص بالتفاضل، بل يجوز فيه عنده النسيئة أيضاً، فإن البخاري عَلَّق أثره بلفظ «قال ابن المسيب: لا ربا في الحيوان، البعير بالبعيرين، والشاة بالشاتين إلى أجل».

(وإنما نهي) بناء المجهول، ويحتمل المعروف، فالضمير إلى رسول الله ﷺ المعهود في قلب كل مؤمن **(من الحيوان عن ثلاثة)** وهذا أخرجه البزار، والطبراني في «الكبير» عن ابن عباس، والبزار عن ابن عمر: «أن النبي ﷺ نهى عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة»، وإسناده قوي، وصححه بعضهم، قاله الزرقاني[2].

(عن المضامين) جمع مضمون، يقال: ضمن الشيء بمعنى تَضَمَّنه، ومنه قولهم: مضمون الكتاب كذا وكذا، وسيأتي تفسيره في المتن **(والملاقيح)** جمع ملقوح، هو جنين الناقة من ألقحت الناقة، وولدها ملقوح به، فحذفت الجار، كذا في «المجمع». **(وحبل الحبلة)** تقدم ضبطهما في الحديث السابق **(فالمضامين)** زاد في النسخ المصرية ههنا، وفي ما سيأتي من تفسير الملاقيح لفظ «البيع»، وليس هذا في النسخ الهندية والأولى حذفه **(ما في بطون إناث الإبل)** لأن البطن قد ضمن ما فيه **(والملاقيح ما في ظهور الجمال)** جمع جمل، ذكر الإبل؛ لأنه الذي يلقح الناقة.

قال الزرقاني[3]: وافق الإمام على هذا التفسير جماعة من الأصحاب،

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٢).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٠٢).

(٣) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٠٢).

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَنْبَغِي أَنْ يَشْتَرِي أَحَدٌ شَيْئاً مِنَ الْحَيَوانِ بِعَيْنِهِ إِذَا كَانَ غَائِباً عَنْهُ. وَإِنْ كَانَ قَدْ رَآهُ وَرَضِيَهُ، عَلَى أَنْ يَنْقُدَ ثَمَنَهُ، لَا قَرِيباً وَلَا بَعِيداً.

وعكسه ابن حبيب فقال: المضامين ما في الظهور، والملاقيح ما في البطون، وزعم أن تفسير مالك مقلوب، وتعقب بأن مالكاً أعلم منه باللغة، انتهى.

وقال الباجي[١]: قول مالك هو أظهر وأكثر، وفي «المحلى» ما ذكره مالك، أرباب اللغة على عكس ذلك، وبسط صاحب «التعليق الممجد»[٢] أقوال أهل اللغة في ذلك، ثم قال: ويظهر من هذا كله أنهم اختلفوا في تفسير المضامين، والملاقيح التي نهي عن بيعها في الحديث بعد ما اتفقوا على أن المراد بهما ما في البطون من الأجِنَّة، وما في أصلاب الفحول من النطف التي تكون مادةً للأولاد، ولم تقع بعد في الرحم، انتهى.

وقال الحافظ في «الدراية»: روى عبد الرزاق بإسناد صحيح عن ابن عمر عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة»، قال: والمضامين ما في أصلاب الإبل، والملاقيح ما في بطونها، وحبل الحبلة ولد ولد هذه الناقة **(وحبل الحبلة ما كان أهل الجاهلية يتبايعونه)** هكذا في النسخ الهندية، وليس هذا في النسخ المصرية، وتقدم الكلام على حبل الحبلة قريباً.

(قال مالك: ولا ينبغي) أي لا يجوز **(أن يشتري أحد شيئاً من الحيوان بعينه)** أي المعين، كجمل فلان مثلاً، والفرس الفلاني مثلاً **(إذا كان)** هذا الحيوان **(غائباً عنه)** أي عن المشتري **(وإن كان)** وصلية **(قد رآه)** قبل ذلك **(ورضيه)** عند الرؤية **(على)** شرط **(أن ينقد ثمنه)** في الحال، ويأخذ المبيع بعد ذلك **(لا قريباً ولا بعيداً)** يعني لا يجوز هذا البيع، سواء كان المبيع قريب الغيبة أو بعيدها، يعني يزول غيبته في زمان قريب أو بعيد.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٢).

(٢) (٣/ ٢٢١).

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا كُرِهَ ذٰلِكَ، لِأَنَّ الْبَائِعَ يَنْتَفِعُ بِالثَّمَنِ، وَلَا يُدْرَى هَلْ تُوجَدُ تِلْكَ السِّلْعَةُ عَلَى مَا رَآهَا الْمُبْتَاعُ أَمْ لَا؟ فَلِذٰلِكَ، كُرِهَ ذٰلِكَ. وَلَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ مَضْمُوناً مَوْصُوفاً.

قال الباجي: هذه رواية «الموطأ»، وروى عنه ابن عبد الحكم في الحيوان خاصة، والذي روي عنه في غير «الموطأ» في «المدونة» وغيرها أنه يجوز النقد فيما قَرُبَ دون ما بَعُدَ، فعلى هذه له روايتان في القرب، إحداهما: أنه لا يجوز ذلك، وهي رواية «الموطأ»، ووجهه أنه مبيع غائب ينقل ويحول، فلا يجوز النقد فيه بشرط كالبعيد الغيبة.

والرواية الثانية: أنه يجوز، ووجهها أن ما قرب يقلّ فيه الغرر لقرب إمكان قبضه، وإن دخله نقص عرف وقت نقصه، فكان ذلك كالحاضر؛ لأنه ليس من شرط صحة البيع، أن يكون المبيع حاضر البيع، بل قد يجوز ذلك، والمبيع غائب في دار البائع، ومخزنه، فإذا قلنا بالفرق بين القرب والبعد، فقد روى ابن المواز عن مالك يجوز النقد فيما كان على البريد والبريدين، ثم رجع، فقال: على اليوم ونحوه، انتهى.

(قال مالك:) هكذا في النسخ الهندية وأكثر المصرية، وليس هذا اللفظ في بعض النسخ المصرية، والكلام الآتي ملحق بما سبق، وهو الأوجه **(وإنما كره ذلك)** البيع **(لأن البائع ينتفع بالثمن)** الذي أخذه عن المشتري **(ولا يدري)** المشتري **(هل توجد تلك السلعة)** وهو الحيوان بعينه فيما سبق **(على)** وفق **(ما رآها المبتاع)** قبل ذلك **(أم لا)** فيكون المبيع غير مرضيّ له **(فلذلك كره ذلك)** لتردد الثمن بين السلفية والثمنية **(ولا بأس به)** أي يجوز **(إذا كان)** المبيع **(مضموناً)** على البائع **(موصوفاً)** بالصفات التي تعتبر في الثمنية، كما تقدم قريباً في بيان السلم، فإنه مبنيٌّ على جواز السلم في الحيوان عند الإمام مالك، وتقدم خلاف الأئمة في ذلك.

قال الباجي[1]: قوله: وإن كانت تقدمت رؤية المشتري له، يريد أن

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٤).

. . . .

للرؤية تأثيراً في بيع الأعيان الغائبة، فلا يجوز عند مالك بيعها إلا برؤية متقدمة أو صفة، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن ذلك جائز، وللمبتاع خيار النظر، فأما بيع الغائب البعيدة الغيبة بصفة البائع أو غيره، فإنه جائز، فإن كانت الصفة على ما وصفت لزم المبتاع، وإلا كان له الخيار، ومنع الشافعي بيع ما لم ير.

وقال الموفق[1]: وفي بيع الغائب روايتان، أظهرهما، أن الغائب الذي لم يوصف، ولم تتقدم رؤيته لا يصحُّ بيعه، وبهذا قال الشعبي، والنخعي، والحسن، والأوزاعي، ومالك، وإسحاق، وهو أحد قولي الشافعي، وفي رواية أخرى، أنه يصح، وهو مذهب أبي حنيفة، والقول الثاني للشافعي، وهل يثبت للمشتري خيار الرؤية؟ على روايتين، أشهرهما ثبوته، وهو قول أبي حنيفة، واحتجّ من أجازه بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾.

ورُوي عن عثمان، وطلحة، أنهما تبايعا داريهما بالكوفة، والأخرى بالمدينة، فقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال: ما أبالي؛ لأني بعت ما لم أره، وقيل لطلحة، فقال: لي الخيار، لأنّني اشتريت ما لم أره. فتحاكما إلى جبير، فجعل الخيار لطلحة، وهذا اتفاق منهم على صحة البيع، ولأنه عقد معاوضة، فلم تفتقر صحته إلى رؤية المعقود عليه كالنكاح.

ولنا، ما رُوي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع الغرر»، رواه مسلم، ولأنه نوعُ بيع، فلم يصحّ مع الجهل بصفة المبيع، كالسلم، والآية مخصوصة بالأصل الذي ذكرنا، وأما حديث عثمان وطلحة، فيحتمل أنهما تبايعا على الصفة على أنه قول صحابي، وفي كونه حجة خلاف، فلا يعارض به حديث رسول الله ﷺ، فإن قيل: فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه»[2]، والخيار لا يثبت إلا في عقد صحيح، قلنا: هذا

---

(١) «المغني» (٦/ ٣١).

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٥/ ٢٦٨)، والدارقطني في «سننه» (٣/ ٤).

(٢٧) باب بيع الحيوان باللحم

يرويه عمر بن إبراهيم الكردي، وهو متروك الحديث، انتهى.

وفي «المحلى»: قال الشافعي في أظهر قوليه: لا يجوز شراء شيء غائب، وإن سمى جنسه وصفته، وقال أبو حنيفة: صحَّ شراء ما لم يره، سواء ذكر صفته أو لم يذكر، فهو بالخيار إذا رآه، ولو رآه على الصفة التي وصفت له، وهو قول أحمد وقول الشافعي، انتهى.

وفي «الهداية»:[١] من اشترى شيئاً لم يره، فالبيع جائز، وله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده، وقال الشافعي: لا يصح العقد أصلاً، لأن المبيع مجهول، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه»، ولأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنه لو لم يوافقه يرده.

قال ابن الهمام[٢]: قوله: وإن شاء رده، سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها، وقوله: قال الشافعي، هو فيما لم يسم جنسه قولاً واحداً أنه لا يجوز، وأما فيما سمّي جنسه وصفته على ما نقل في «شرح الوجيز» و«الحلية» أنه يجوز على قوله القديم، وعلى قوله الجديد لا يجوز، وعن مالك وأحمد مثل قولنا، واختاره كثير من أصحاب الشافعية، وهو قول عثمان وطلحة، ثم بسط ابن الهمام الكلام على الحديث المرفوع الذي استدل به صاحب «الهداية» فارجع إليه.

(٢٧) بيع الحيوان باللحم

قال ابن رشد[٣]: اختلفوا في هذا الباب على ثلاثة أقوال: قول: إنه لا

(١) (٢/ ٣٤).

(٢) «فتح القدير» (٥/ ٥٣١).

(٣) «بداية المجتهد» (٢/ ١٣٧).

....

يجوز بإطلاق، وهو قول الشافعي والليث، وقولٌ: إنه يجوز في الأجناس المختلفة التي يجوز فيها التفاضل، ولا يجوز ذلك في المتفقة، أعني الربوية، لمكان الجهل الذي فيها من طريق التفاضل، وذلك في التي المقصود منها الأكل، فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للأكل، وذلك عنده في الحيوان المأكول، حتى إنه لا يجيز الحيّ بالحيّ، إذا كان المقصود الأكل بأحدهما، فهي عنده من جهة الربا والمزابنة، وقول ثالث: إنه يجوز مطلقاً، وبه قال أبو حنيفة، انتهى.

قال الموفق[١]: لا يختلف المذهب أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه، وهو مذهب مالك والشافعي وقول فقهاء المدينة السبعة، وحُكِي عن مالك أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان معد للحم، ويجوز بغيره، وقال أبو حنيفة: يجوز مطلقاً؛ لأنه باع مال الربا بما لا ربا فيه أشبه بيع اللحم بالدراهم أو بلحم من غير جنسه، ولنا حديث زيد بن أسلم الآتي في «الموطأ» قال ابن عبد البر: هذا أحسن أسانيده، وروي عن النبي ﷺ: «أنه نهى أن يباع حي بميت»، ذكره الإمام أحمد، وروي عن ابن عباس أن جزوراً نحرت، فجاء رجل بعناق، فقال: أعطوني جزءاً بهذا العناق، فقال أبو بكر: لا يصلح هذا.

قال الشافعي: لا أعلم مخالفاً لأبي بكر ـ رضي الله عنه ـ في ذلك، وقال أبو الزناد: وكل من أدركت ينهى عن بيع اللحم بالحيوان، ولأن اللحم نوع فيه الربا بيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز، كبيع السمسم بالشيرج، وأما بيع اللحم بحيوان من غير جنسه، فظاهر كلام أحمد والخرقي أنه لا يجوز، واختار القاضي جوازه، وللشافعي فيه قولان، واحتجّ من منعه بعموم الأخبار، وبأن اللحم كله جنس واحد، ومن أجازه قال: مال الربا بيع بغير أصله ولا جنسه، فجاز كما لو باعه بالأثمان، وإن باعه بحيوان بغير مأكول اللحم جاز

---

(١) «المغني» (٦/ ٩٠).

....

في ظاهر قول أصحابنا، وهو قول عامة الفقهاء، انتهى.

وفي «المحلى»: قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يجوز بيع اللحم بالحيوان؛ لأن الحيوان ليس من مال الربا، وهو بيع موزون بغير موزون، واختار المزني بحديث لم يثبت عندهم، وقال محمد: إذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز إلا إذا كان اللحم أكثر، فيكون الزائد في مقابلة السقط.

قال محمد في «موطئه»[١] بعد ما روى حديث الباب عن ابن المسيب: وبهذا نأخذ من باع لحماً من لحم الغنم بشاة حية، لا يُدرى اللحم أكثر أو ما في الشاة، فالبيع فاسد، وهذا مثل المزابنة، وأجاب الحنفية عن الحديث، بأن المراد بالنهي ما إذا كان أحدهما نسيئة؛ لأن المتأخر منهما لا يمكن ضبطه، انتهى.

قال الباجي[٢]: الحيوان على ثلاثة أجناس: ذوات الأربع التي هي مباحة الأكل كلها جنس، والطير كله جنس، والحيتان كلها جنسٌ، وأما الجراد فروي عن مالك أنها جنسٌ رابعٌ، روى ذلك عنه الشيخ أبو القاسم، وروي عنه في «المدونة» أنه قال: ليست بلحم، وإنما يمنع بيع اللحم بالحيوان من جنسه، فلا يجوز بيع لحم ضأن بشيء من الحيوان ذوات الأربع وحشيها وإنسيها، ويجوز بيع لحم ذوات الأربع بحي الطير، قال ابن القاسم: ولم أر عند مالك تفسير حديث النبي ﷺ في اللحم بالحيوان إلا من صنف واحد لموضع المزابنة.

وذهب الشافعي إلى أنه لا يجوز بيع لحم الحيوان من جنسه ولا من غير جنسه من الطير وذوات الأربع، والدليل على ما نقوله أن ما يجري فيه الربا يعتبر فيه الجنس، كالحبوب والثمار، وهذا كله فيما كان أكله مباحاً، وأما ما

(١) «موطأ محمد مع التعليق الممجد» (٣/ ٢٢٧).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٢٥).

١٣٦٠/ ٦٤ ـ **حدّثني** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِاللَّحْمِ.

١٣٦١/ ٦٥ ـ **وحدّثني** عَنْ مَالِكٍ، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ؛ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ: مِنْ مَيْسِرِ ....

حرم أكله فلا يمنع من ذلك؛ لأنه ليس مما يحل أكله، فيقال: إن فيه من جنس هذا اللحم، انتهى.

١٣٦٠/ ٦٤ ـ **(مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب)** مرسلاً **(أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم)** قال الزرقاني[١]: نهي تحريم للتفاضل في الجنس الواحد، فهو من المزابنة إذ لا يدرى، هل في الحيوان مثل اللحم الذي أعطاه أو أقل أو أكثر؟ قال ابن عبد البر: لا أعلمه يتصل من وجه ثابت، وأحسن أسانيده مرسل سعيد هذا، ولا خلاف عن مالك في إرساله، ورواه يزيد بن مروان عن مالك عن ابن شهاب عن سهل بن سعد، وهذا إسناد موضوع لا يصح عن مالك، ولا أصل له في حديثه، ورواه أبو داود في «المراسيل» عن القعنبي عن مالك به مرسلاً، وصححه الحاكم، وله شاهد، أخرجه البزار من حديث ابن عمر، انتهى.

وفي «المحلى» بعد أثر الباب: وعند عبد الرزاق بلفظ «نهى عن بيع اللحم بالشاة وهي حية»، وقال الزيلعي[٢]: وفي لفظ: «نهى عن بيع الحي بالميت»، انتهى.

١٣٦١/ ٦٥ ـ **(مالك عن داود بن الحصين)** بمهملتين مصغراً **(أنه سمع سعيد بن المسيب يقول: من ميسر)** أي من قمار مصدر ميمي، كالموعد،

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٠٣).

(٢) «نصب الراية» (٤/ ٣٩).

أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ، بَيْعُ الْحَيَوانِ بِاللَّحْمِ، بِالشَّاةِ وَالشَّاتَيْنِ.

١٣٦٢/٦٦ ـ **وحدّثني** عَنْ مَالِكٍ، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ؛ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: نُهِيَ عَنْ بَيْعِ الْحَيَوانِ بِاللَّحْمِ.

قَالَ أَبُو الزِّنَادِ: فَقُلْتُ لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ: أَرَأَيْتَ رَجُلاً اشْتَرَى شَارِفاً بِعَشَرَةِ شِيَاهٍ؟ فَقَالَ سَعِيدٌ: إِنْ كَانَ اشْتَرَاهَا لِيَنْحَرَهَا، فَلَا خَيْرَ فِي ذٰلِكَ.

مأخوذ من اليسر؛ لأن فيه أخذ المال بيُسر من غير كد وتعب، أو من اليسار؛ لأنه سبب له **(أهل الجاهلية)** يعني أنهم كانوا يعاملون بهذا البيع **(بيع اللحم بالشاة والشاتين)** هكذا في النسخ الهندية، يعني يبيعون اللحم بالشاة والشاتين، وفي النسخ المصرية: بيع الحيوان باللحم، بالشاة والشاتين، يعني أنهم كانوا يفعلون ذلك الأمر بالشاة والشاتين.

قال أبو عمر(١): هذا من القمار والمزابنة، لقوله: ميسر، قال إسماعيل: إنما دخل ذلك في المزابنة؛ لأنه لو ضمن له من جزوره أو شاته المعينة أرطالاً، فما زاد فله، وما نقص فعليه كان هو المزابنة، فلما منع ذلك لم يجز اشتراء الجزور ولا الشاة بلحم؛ لأنه يصير إلى ذلك المعنى، انتهى.

١٣٦٢/٦٦ ـ **(مالك عن أبي الزناد)** بالزاي عبد الله بن ذكوان **(عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول: نُهِي)** ببناء المجهول **(عن بيع الحيوان باللحم، قال أبو الزناد: فقلت لسعيد بن المسيب: أرأيت)** بهمزة الاستفهام، أي أخبرني **(رجلاً اشترى شارفاً)** بشين معجمة وراء، المسنة من النوق **(بعشر شياه)** أي بعوضها **(فقال سعيد: إن كان اشتراها)** أي الشارف المسنة **(لينحرها فلا خير في ذلك)** البيع إذ كأنه اشترى لحماً بحيّ، فإن لم يُرِدْ أن ينحرها جاز؛ لأن الظاهر أنه اشترى حيواناً بحيوان، فوكل إلى نيته وأمانته، قاله إسماعيل القاضي.

---

(١) انظر: «الاستذكار» (١٠٦/٢٠).

قَالَ أَبُو الزِّنَادِ: وَكُلُّ مَنْ أَدْرَكْتُ مِنَ النَّاسِ يَنْهَوْنَ عَنْ بَيْعِ الْحَيَوانِ بِاللَّحْمِ.

قَالَ أبُو الزِّنَادِ: وَكَانَ ذٰلِكَ يُكْتَبُ فِي عُهُودِ الْعُمَّالِ. فِي زَمَانِ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ، وَهِشَامِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ. يَنْهَوْنَ عَنْ ذٰلِكَ.

(٢٨) باب بيع اللحم باللحم

١٣٦٣/٦٧ ـ قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي لَحْم الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ وَمَا أَشْبَهَ ذٰلِكَ مِنَ الْوُحُوشِ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَى بَعْضُهُ بِبَعْضٍ. ....

(قال أبو الزناد: وكلُّ من أدركت من أهل العلم) وفي النسخ المصرية محله «من الناس»، والمراد منه أيضاً العلماء كانوا **(ينهون عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد: وكان)** ذلك النهي **(يكتب)** ببناء المجهول **(في عهود العُمَّال)** جمع عامل، أي في دفتر أحكامهم المتعلقة بهم **(في زمان)** أي في زمان إمارة **(أبان بن عثمان)** بن عفان، قال صاحب «التعليق الممجد»[1]: هو زمان عبد الملك بن مروان **(وهشام بن إسماعيل)** المخزومي، عامل مدينة لعبد الملك بن مروان **(ينهون)** ببناء المعلوم، أي العمال أو ببناء المجهول أي الناس **(عن ذلك)** البيع، يدل ذلك على شهرة ذلك بالمدينة المنورة.

(٢٨) بيع اللحم باللحم

١٣٦٣/٦٧ ـ **(قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا)** بالمدينة المنورة **(في لحم الإبل والبقر والغنم)** وغير ذلك من ذوات الأربع **(وما أشبه ذلك من الوحوش)** جمع وحش، كالظباء والمها[2] **(أنه لا يشترى)** ببناء المجهول **(بعضه ببعض)**

---

(١) (٣/٢٢٦).

(٢) المَهَا واحدها المَهَاة: البقرة الوحشية.

إِلَّا مِثْلاً بِمِثْلٍ وَزْناً بوَزْنٍ. يَداً بِيَدٍ. ....

لدخولها في أحكام الربا **(إلا مثلاً بمثل وزناً بوزن)** جمع بينهما للتأكيد **(يداً بيد)** أي مناجزة.

قال الباجي(١): وهذا كما قال: إن لحم ذوات الأربع جنس يحرم فيه التفاضل، ولحم الطير جنس آخر يحرم فيه التفاضل، ويجوز التفاضل بينه وبين لحم ذوات الأربع، ولحم الحيتان جنس ثالثٌ يحرم فيه التفاضلُ، ويجوز التفاضلُ بينه وبين الجنسين الأولين، وأما الجراد، فروي عن مالك أنها جنس رابع، وروى ذلك عنه الشيخ أبو القاسم، وروي عنه في «المدونة» أنه قال: ليست بلحم، وقد روي في «المختصر» عن أشهب: لا بأس بالجراد متفاضلاً، فأخرجه بذلك عن أن يكون مُقتاتاً أو مدّخراً، وإذا جاز التفاضل فيه، فأن يجوز بينه وبين غيره أولى.

واختلف قول الشافعي، فمرةً قال: كل جنس من الحيوان بلحمه جنس مخصوص، يجوز التفاضل فيه بينه وبين لحم غيره من الحيوان، وهو قول أبي حنيفة، غير أن أبا حنيفة جعل البخت والعراب جنساً واحداً، والبقر والجواميس جنساً واحداً، والماعز والضأن جنساً واحداً، وقال الشافعي أيضاً: إن اللحوم كلها جنس واحد، لحوم ذوات الأربع والطير والحيتان، والدليل على ما نقوله مراعاة المنافع والأغراض، وإذا كان وجه استعماله مخالفاً لوجه استعمال لحم الوحش، وجب أن يكونا جنسين كلحم الحيتان، انتهى.

وقال ابن رشد(٢): قال مالك: اللحوم ثلاثة أصناف، لحم ذوات الأربع وذوات الماء والطيور، فهذه الأصناف مختلفة، يجوز فيها التفاضل، وقال أبو حنيفة: كل واحد من هذه أنواع كثيرة، والتفاضل فيها جائز إلا في النوع

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٦).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/ ١٣٦).

....

الواحد بعينه، وللشافعي قولان: أحدهما: مثل قول أبي حنيفة، والثاني: أن جميع اللحوم صنف واحد، فلا يجوز بيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلاً، وعمدته قوله ﷺ: «الطعام بالطعام» فإذا فارقت الحياة زالت الصفات التي كانت بها تختلف، ويتناولها اسم اللحم تناولاً واحداً.

وعمدة المالكية أن هذه أجناس مختلفة، فوجب أن يكون لحمها مختلفاً، والحنفية تعتبر الاختلاف في الجنس الواحد من هذه، وتقول: إن الاختلاف الذي بين الأنواع التي في الحيوان، أعني في الجنس الواحد منه، كأنك قلت: الطائر هو وزان الاختلاف الذي بين التمر والبر والشعير، والحنفية أقوى من جهة المعنى؛ لأن تحريم التفاضل إنما هو عند اتفاق المنفعة، انتهى.

وقال الخرقي: سائر اللُّحمان جنسٌ واحدٌ، لا يجوز بيع بعضه ببعض رطباً، ويجوز إذا تناهى جفافه مثلاً بمثل، قال الموفق[1]: ظاهر كلام الخرقي أن اللحم كله جنس واحد، ذكره ابن عقيل رواية عن أحمد، وهو قول أبي ثور وأحد قولي الشافعي، وأنكر القاضي أبو يعلى كون هذا رواية عن أحمد، وقال: الأنعام والوحوش والطير ودوابّ الماء أجناسٌ، يجوز التفاضل فيها رواية واحدة.

وإنما في اللحم روايتان، إحداهما: أنه أربعة أجناس، كما ذكرنا، وهو مذهب مالك، إلا أنه يجعل الأنعام والوحش جنساً واحداً، فيكون عنده ثلاثة أصناف، والثانية: أنه أجناس باختلاف أصوله، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وهي أصح؛ لأنها فروع أصول هي أجناسٌ، فكانت أجناساً كالأَدِقَّة.

واختار القاضي أنها أربعة أجناس، واحتج بأن لحم هذه الحيوانات

---

(١) «المغني» (٦/ ٨٤).

وَلَا بَأْسَ بِهِ. وَإِنْ لَمْ يُوزَنْ إِذَا تَحَرَّى أَنْ يَكُونَ مِثْلاً بِمِثْلٍ. يَداً بِيَدٍ.

تختلف المنفعةِ بها والقصدُ إلى أكلها، فكانت أجناساً، وهذا ضعيف جداً؛ لأن كونها أجناساً لا يوجب حصرها في أربعة أجناس، ولا نظير لهذا، فيقاس عليه، وقد صرح الخرقي في الأيمان، بأنه إذا حلف لا يأكل لحماً، فأكل من لحم الأنعام أو الطائر أو السمك حنث، على أن جميع اللحم جنس؛ لأنه اشترك في الاسم.

والصحيح أنه أجناس باختلاف أصوله، فلحم الإبل كله صنف بخاتيها وعرابها، والبقر عرابها، وجواميسها صنف، والغنم ضأنها، ومعزها صنف، ويحتمل أن يكونا صنفين؛ لأن الله تعالى سماها في الأزواج الثمانية، فقال: ﴿ثَمَٰنِيَةَ أَزْوَٰجٍ مِّنَ ٱلضَّأْنِ ٱثْنَيْنِ وَمِنَ ٱلْمَعْزِ ٱثْنَيْنِ﴾[1].

والوحش أصناف، بقرها صنف، وغنمها صنف، وظباؤها صنف، وكل ماله اسم يخصُّه، فهو صنف، والطيور أصناف، كل ما انفرد باسم وصفة فهو صنف، فيباع لحم صنف بلحم صنف آخر متفاضلاً ومتماثلاً، انتهى مختصراً.

وفي «الدر المختار»[2]: جاز بيع لحوم مختلفة بعضها ببعض متفاضلاً يداً بيد، قال ابن عابدين: أي مختلفة الجنس كلحم الإبل والبقر والغنم؛ بخلاف البقر والجاموس والمعز والضأن؛ ولا يحل النسأ لوجود القدر؛ قال: فلو اتحد لم يجز متفاضلاً إلا في لحم الطير؛ لأنه لا يوزن عادة؛ حتى لو وزن لم يجز، انتهى. **(ولا بأس به)** أي يجوز **(وإن لم يوزن)** وصلية **(إذا تحرى)** وتحقق بالتحري **(أن يكون مثلاً بمثل يداً بيد)** وهذا مبني على جواز التحري في الموزون.

واختلف قول مالك في ذلك، قال الباجي[3]: واعتبار التماثل في اللحم وكل موزون من الخبز، وهل يجوز ذلك بالتحري؟ روى ابن القاسم عن مالك

---

(١) سورة الأنعام: الآية ١٤٤.

(٢) (٥/٣٠٨).

(٣) «المنتقى» (٥/٢٧).

....

في «العتبية» وغيرها: أن الخبز واللحم والبيض يجوز بيع بعضه ببعض تحرياً دون كيل ولا وزن، ولم يجز أبو حنيفة والشافعي التحري في ذلك، والدليل على صحة ما نقوله أن هذا مما تدعو الحاجة إلى قسمته ومبادلته في السفر دون الحضر، وحيث لا توجد الموازين، فجاز ذلك لضرورة عدمها مع الوصول بذلك إلى التماثل، قال القاضي أبو محمد من أصحابنا: من أجازه على الإطلاق، ومنهم من أجازه بشرط تعذر الموازين، كالبوادي والأسفار، وقال الشافعي وأبو حنيفة: لا يجوز بوجه، وهذا في الموزون دون المكيل والمعدود، انتهى.

وقال أيضاً في موضع آخر: وقد اختلف قول مالك في إجازة التحري فيما يحرم فيه التفاضل، فأجازه في البيض بالبيض، والخبز بالخبز، واللحم باللحم، وأجازه مع القول بإباحته في القديد باللحم الطري مرة، ومنعه أخرى، وروي في «الواضحة» أنه قال: وما لا يجوز فيه التفاضل من الطعام والإدام لا يجوز قسمته تحرياً، وكذلك السمن والزيت والعسل لا يجوز إلا كيلاً أو وزناً.

واختلف أصحابنا في تأويل ذلك، فمنهم من قال: إن ذلك على إحدى الروايتين على الإطلاق، ومنهم من قال: إن ذلك لاختلاف حالين، فيجوز مع تعذر الموازين ويمنع مع وجودها، ومنع ذلك أبو حنفية والشافعي بكل حال.

فإن قلنا: يجوز ذلك، ففي أيّ شيء يجوز؟ المشهور عن مالك أنه يجوز في الموزون دون المكيل والمعدود، وهذا عندي مبنيٌّ على قول من قال: إن ذلك ممنوع إلا في الأسفار، وحيث تعدم الموازين، وأما على قول من حمل ذلك على الإطلاق مع القدرة على الموازين، وهو الأظهر لتجويزه السلم في اللحم بالتحري، فإنه يجب أن يجوز ذلك في المكيل، ووجه ذلك أن الكيل يعدم، كما يعدم الميزان، والقبضة ليست بمقدار صحيح؛ لأنه لا يتأتى فيها

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا بَأْسَ بِلَحْمِ الْحِيتَانِ، بِلَحْمِ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ، وَمَا أَشْبَهَ ذٰلِكَ مِنَ الْوُحُوشِ كُلِّهَا. اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ، وَأَكْثَرَ مِنْ ذٰلِكَ. يَداً بِيَدٍ. فَإِنْ دَخَلَ، ذٰلِكَ، الْأَجَلُ، فَلَا خَيْرَ فِيهِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَأَرَى لُحُومَ الطَّيْرِ كُلَّهَا مُخَالِفَةً لِلُحُومِ الْأَنْعَامِ وَالْحِيتَانِ. فَلَا أَرَى بَأْساً بِأَنْ يُشْتَرَى بَعْضُ ذٰلِكَ بِبَعْضٍ. مُتَفَاضِلاً. يَداً بِيَدٍ. وَلَا يُبَاعُ شَيْءٌ مِنْ ذٰلِكَ، إِلَى أَجَلٍ.

لتعذر بقائها على شكل واحد من القبض والبسط، بخلاف المكيل المعتاد، انتهى مختصراً.

(**قال مالك: ولا بأس بلحم الحيتان**) جمع حوت (**بلحم الإبل والبقر والغنم وما أشبه ذلك**) المذكور من ذوات الأربع (**من الوحوش**) بيان لما، جمع وحش (**كلها**) تأكيد، فيجوز بيع (**اثنين**) منها (**بواحد أو أكثر من ذلك**) وذلك لما تقدم قريباً أن لحم الحيتان صنف، ولحم ذوات الأربع صنف، فإذا اختلف الصنفان فيجوز التفاضل بينهما (**يداً بيد**) شرط للجواز (**فإن دخل في ذلك**) البيع (**الأجل**) أي النسيئة فاعل دخل (**فلا خير في ذلك**) أي لا يجوز لوجود علة ربا النسأ.

(**قال مالك: وأرى لحوم الطير كلها مخالفة للحوم الأنعام**) أي ذوات الأربع (**و**) لحوم (**الحيتان**) لأن أصناف اللحوم ثلاثة (**فلا أرى بأساً بأن يشترى بعض ذلك ببعض متفاضلاً**) لاختلاف الأصناف (**يداً بيد، ولا يباع شيء من ذلك**) المذكور (**إلى أجل**) أي نسيئة لوجود علة الربا، وهي الادّخار والاقتيات.

قال الباجي[١]: ولحم الحيتان، وإن كان من غير جنس ذوات الأربع، ويجوز بينهما التفاضل، فإنه لا يجوز بينهما الأجل، خلافاً لأبي حنيفة،

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٨).

(٢٩) باب ما جاء في ثمن الكلب

١٣٦٤/٦٨ ـ **حدّثني** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ، عَنْ أَبِي مَسْعُودٍ الْأَنْصَارِيِّ؛ ....

والدليل على ما نقوله أن كل شيئين جمعتهما علة واحدة في الربا، فإنه لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسأ كالذهب والورق، انتهى.

قلت: ما حكى من خلاف الحنفية ليس بوجيه، فإن صاحب «الدر المختار» قيد جواز بيع اللحوم المختلفة بقوله: يداً بيد، قال ابن عابدين: فلا يحل النَّسأ لوجود القدر، وحكي عن القهستاني لا بأس بلحوم الطير واحداً باثنين يداً بيد.

(٢٩) ما جاء في ثمن الكلب

يعني هل يجوز بيعه وأخذ ثمنه أم لا؟ وعلم من الرواية عدم الجواز.

١٣٦٤/٦٨ ـ (**مالك عن ابن شهاب**) الزهري (**عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام**) المخزومي أحد الفقهاء السبعة (**وعن أبي مسعود**) عقبة بن عمرو (**الأنصاري**) المعروف بالبدري، هكذا في النسخ الهندية بالواو، وليست الواو في النسخ المصرية، وهو وإن كان غلطاً في نفسه، لكن لا بد منه في نسخة يحيى، لما قال ابن عبد البر[1]: وقع في نسخة يحيى، وعن أبي مسعود بالواو، وهو وهم بَيِّنٌ، وغلط واضحٌ، لا يُعَرَّجُ على مثله، ولا يُلتفت إليه؛ لأنه من خطأ اليد وسوء النقل، والحديث محفوظ في جميع «الموطآت»، ورواة ابن شهاب كلهم لأبي بكر عن أبي مسعود، أما لابن شهاب عن أبي مسعود فلا، انتهى.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٠٥).

أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَىٰ عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ. ....

(أن رسول الله ﷺ) وحديث أبي مسعود هذا أخرجه الشيخان وأصحاب السنن **(نهى عن ثمن الكلب)** المنهي عن اتخاذه اتفاقاً لورود النهي عنه وعن بيعه والأمر بقتله، ومن لا ثمن له، لا قيمة له إذا قتل، والمأذون في اتخاذه، ككلب الصيد والحراسة على المشهور للحديث، ولأن إباحة المنفعة لا تبيح البيع كأم الولد ينتفع بها، ولا تباع، وعلة المنع عند من قال بنجاسته كالشافعي نجاسته، فلا يباع مطلقاً، كما لا تباع العذرة.

وروي عن مالك، وبه قال سحنون وأبو حنيفة وصاحباه يجوز بيع الكلاب التي ينتفع بها؛ لأنه حيوان منتفعٌ به حراسة واصطياداً، حتى قال سحنون: أبيعه وأحج بثمنه.

وحملوا هذا الحديث على غير المأذون في اتخاذه، لحديث النسائي عن جابر: «نهى ﷺ عن ثمن الكلب إلا كلب صيد»، لكنه حديث ضعيف باتفاق المحدثين، قاله الزرقاني.

وقال الباجي[1]: نهيه ﷺ عن ثمن الكلب يحتمل أن يريد به ثمن الكلب المنهي عن اتخاذه، وأما الكلب المباح اتخاذه، وهو كلب الماشية والحرث والصيد، فاختلف فيه قول مالك فيتأول بعض أصحابه أنه يجوز بيعه، وروى عنه ابن القاسم أنه كره بيعه، وهي رواية «الموطأ»، وجه القول الأول ما روي أن رسول الله ﷺ قال: «من اقتنى كلباً فإنه ينتقص من عمله كل يوم قيراط، إلا كلب غنم أو حرث أو صيد» فأباح اتخاذ ما استثنى منها، وإذا أباح اتخاذه جاز بيعه، كسائر الحيوانات، ووجه الرواية الثانية عموم حديث الباب.

قال الموفق[2]: لا يختلف المذهب في أن بيع الكلب باطل أيّ كلب

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٨).

(٢) «المغني» (٦/ ٣٥٢).

....

كان، وبه قال الحسن، وربيعةُ، وحماد، والأوزاعي، والشافعي، وداود، ورخّص في ثمن كلب الصيد خاصة جابر بن عبد الله وعطاء والنخعي، وجَوَّز أبو حنيفة بيعَ الكلاب كلها وأَخذَ أثمانها، وعنه رواية في الكلب العقور أنه لا يجوز بيعه، واختلف أصحاب مالك، فمنهم من قال: لا يجوزُ، ومنهم من قال: الكلب المأذون في إمساكه يجوز بيعه، ويُكره، واحتجّ من أجاز بيعَه بحديث جابر.

ولنا حديث أبي مسعود هذا، وأما حديثهم فقال أحمد: هذا من الحسن بن أبي جعفر، وهو ضعيف، وقال الدارقطني: الصحيح أنه موقوف على جابر، وقال الترمذي: لا يصح إسناد هذا الحديث، وقد روي عن أبي هريرة، ولا يصحّ أيضاً، انتهى.

وفي «المحلى»: قال أبو حنيفة وصاحباه وسحنون من المالكية: الكلاب التي ينتفع بها يجوز بيعها وأثمانها؛ لأنه حيوان منتفع به حراسةً واصطياداً لرواية الترمذي عن أبي هريرة، وقد رُوِي أيضاً عن جابر مرفوعاً عند النسائي، قال الترمذي: لا يصح إسناده، لكن روى أبو حنيفة في «مسنده» عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس، قال: رخّص رسول الله ﷺ في ثمن كلب الصيد، وهذا سند جيد، فإن الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من أثبات التابعين.

قال ابن الهمام[١]: فهذا الحديث يصلح مخصصاً على رأيهم، وتعليل إخراج كلب الصيد ظاهر أنه لكونه منتفعاً به، فصار المنتفع به مطلقاً مخصصاً، وبقي العقور على المنع، ومن مشى من أهل المذهب على التعميم في الجواز يقول: كل كلب يتأتى منه الحراسة فيجوز بيعه، ويرد عليه أنه نسخ لموجب العام بالتعليل، بأن لا يبقى منه فرد ولا نسخ بالقياس، انتهى.

(١) «فتح القدير» (٦/ ٢٤٦).

وَمَهْرِ الْبَغِيِّ. وَحُلْوَانِ الْكَاهِنِ.

أخرجه البخاريّ في: ٣٤ ـ كتاب البيوع، ١١٣ ـ باب ثمن الكلب. ومسلم في: ٢٢ ـ كتاب المساقاة، ٩ ـ باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغيّ، حديث ٣٩.

يَعْنِي بِمَهْرِ الْبَغِيِّ مَا تُعْطَاهُ الْمَرْأَةُ عَلَى الزِّنَا. وَحُلْوَانُ الْكَاهِنِ رِشْوَتُهُ، وَمَا يُعْطَى عَلَى أَنْ يَتَكَهَّنَ.

وفي «الهداية»[1]: يجوز بيع الكلب المعلم وغير المعلم في ذلك سواء، والحديث محمول على الابتداء قلعاً لهم عن الاقتناء، انتهى. **(ومهر البغي)** بفتح الموحدة، وكسر المعجمة، وشد التحتية، فعيل بمعنى فاعل، يستوي فيه المذكر والمؤنث **(وحلوان الكاهن)** بضم الحاء المهملة وسكون اللام مصدر حلوته إذا أعطيته، إلى ههنا الحديث المرفوع.

وفسره الإمام مالك بقوله: **(يعني)** ﷺ **(بمهر البغي ما تعطى)** ببناء المجهول، وفي النسخ المصرية «ما تعطاه» بذكر ضمير المفعول الراجع إلى الموصول **(المرأة)** نائب الفاعل **(على الزنا)** قال الزرقاني: هو حرام إجماعاً، وسمي مهراً لشبهه بالمهر في الصورة، قال الموفق[2]: ما منفعته محرَّمةٌ، كالزنا والزمر والنوح والغناء، فلا يجوز الاستئجار لفعله، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأبو ثور، وكره ذلك الشعبي والنخعي، انتهى.

(وحلوان الكاهن رشوته) بكسر الراء وفتحها وضمها **(و)** هي **(ما يعطى على أن يتكهّن)** قال أبو عبيد: أصله من الحلاوة شبّه ما يعطى الكاهن بشيء حلو لأخذه إياه سهلاً دون كلفة، يقال: حلوت الرجل إذا أطعمته الحلو، وحكى ابن عبد البر وغيره الإجماع على حرمة ما يأخذه الكاهن؛ لأنه باطل كذب كله.

(١) (٢/ ٧٧).

(٢) «المغني» (٨/ ١٣١).

قَالَ مَالِكٌ: أَكْرَهُ ثَمَنَ الْكَلْبِ الضَّارِي وَغَيْرِ الضَّارِي. لِنَهْيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ.

قال الخطابي: الكاهن الذي يدّعي مطالعة علم الغيب، ويخبر الناس عن الكوائن، وكان في الجاهلية كهنة يدّعون معرفة كثير من الأمور، فمنهم من يزعم أن له تابعاً من الجن يلقي إليه الأخبار، ومنهم من يدّعي أنه يدرك الأمور بفهم أعطيه، ومنهم من يسمى عَرَّافاً، وهو من يزعم أنه يعرف الأمور بمقدمات يستدل بها على مواضعها، كالشيء يسرق، فيعرف المظنون به السرقة، والمرأة تتهم، فيعرف من صاحبها، ونحو ذلك، ومنهم من يسمي المنجم كاهناً، والحديث شامل لهؤلاء كلهم، قاله الزرقاني[١].

قال الباجي[٢]: هو أكل المال بالباطل؛ لأن التكهن محرم، وما حرم في نفسه حرم عوضه، كالخمر والخنزير، انتهى.

(قال مالك: أكره ثمن الكلب الضاري) أي المجترئ المولع بالصيد من ضري الكلب وأضريته عودته وأغريته به، وجمعه ضوار، والمواشي الضارية المعتادة لرعي زروع الناس، ضري به ضرىً وضراوة فهو ضارٍ إذا اعتاده **(وغير الضاري لنهي رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب)** بالإطلاق، فشملهما.

قال الزرقاني[٣]: اختلف في أن الكراهة على بابها، ويؤيده رواية ابن نافع عنه لا بأس ببيعه في الميراث والمغانم والدين، أو على التحريم، وهو المشهور عن مالك المعتمد في مذهبه، خلافاً لتشهير بعضهم كالقرطبي الكراهة، وقال الباجي[٤]: أما الكلب المباح، فاختلف فيه قول مالك، فيتأول

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٠٥).
(٢) «المنتقى» (٥/ ٢٨).
(٣) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٠٥).
(٤) «المنتقى» (٥/ ٢٨).

(٣٠) باب السلف وبيع العروض بعضها ببعض

بعض أصحابه أنه يجوز بيعه، وروى عنه ابن القاسم أنه كره بيعه، وهي رواية «الموطأ».

فإذا قلنا بالمنع من بيع الكلب الضاري، فقد قال القاضي أبو محمد: إن أصحابنا اختلفوا في ذلك، فمنهم من قال: هذا مكروه، ويصح، ومنهم من قال: لا يجوز، وبه قال الشافعي، فمن قتله على الوجهين، فعليه لصاحبه قيمته عند مالك، وقال الشافعي: لا قيمة عليه، والدليل على ما نقوله أن هذا حيوان أبيح الانتفاع به، فإذا لم يجز بيعه كان على مستهلكه قيمته، كأم الولد، انتهى.

وقال الزرقاني: لا خلاف عن مالك أن من قتل كلبَ صيدٍ أو ماشيةٍ أو زرع فعليه قيمته، ومن قتل ما لم يؤذن فيه لا شيء عليه، وأسقطها الشافعي وأحمد فيهما، وأوجبها أبو حنيفة فيهما، انتهى.

وقال الخرقي: من قتله وهو معلم فقد أساء ولا غرم عليه، قال الموفق[1]: أما قتل المعلَّم فحرامٌ، وقاتله مسيءٌ ظالم، وكذلك كلُّ كلبٍ مباح إمساكه؛ لأنه محل منتفع به يباح اقتناؤه، ولا نعلم في هذا خلافاً، ولا غرماً على قاتله، وبهذا قال الشافعي، وقال مالك وعطاء: عليه الغرم، انتهى.

(٣٠) السلف وبيع العروض بعضها ببعض

قال صاحب «المحلى»: المراد بالسلف ههنا جعل القرض شرطاً في البيع، انتهى. والمراد بالعرض غير الثمن يعني لم يكن الثمن فيه، بل يكون المبيع في كلتا الجهتين.

(١) «المغني» (٦/ ٣٥٥).

٦٩/١٣٦٥ ـ **حدّثني** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَىٰ عَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَتَفْسِيرُ ذٰلِكَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ: ....

٦٩/١٣٦٥ ـ **(مالك أنه بلغه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وسلفٍ)** سيأتي تفسيره، وقد وصله أبو داود والترمذي(١)، وقال: حسن صحيح، والنسائي من طريق أيوب السختياني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ورواه الطبراني في «الكبير» من حديث حكيم بن حزام بزيادة «وشرطين في بيع، وبيع ما ليس عندك وربح ما لم تضمن».

وفي «المحلى»: قال محمد: نا أبو حنيفة ثنا يحيى بن عامر عن رجل عن عتاب بن أسيد عنه ﷺ أنه قال له: «انطلق إلى أهل مكة، فانههم عن أربع: عن بيع ما لم يقبضوا، وعن ربح ما لم يضمنوا، وعن شرطين في بيع، وعن سلف وبيع» قال محمد: وبهذا كله نأخذ، فأما قوله: سلف وبيع، فالرجل يقول لآخر: أبيعك عبدي هذا بكذا على أن تقرضني كذا، إلى آخر ما بسط في تفسير الأربع.

وقال الباجي: ما روي أنه ﷺ نهى عن بيع وسلف، لا نعلم له إسناداً صحيحاً، وأشبهها ما روى أيوب عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: لا يحل بيع وسلف، وأجمع الفقهاء على المنع من ذلك، وتلقى الأمة له بالقبول، والعمل به يدل على صحة معناه، وذلك يقوم له مقام الإسناد(٢).

(قال مالك: وتفسير ذلك) أي تفسير بيع وسلف **(أن يقول الرجل)**

---

(١) سنن أبي داود (٣٥٠٤) وجامع الترمذي (١٣٣٤) وسنن النسائي (٧/ ٢٨٨).

(٢) في «الاستذكار» (٢٠/ ١٢٦) قال أبو عمر: روي عن النبي ﷺ من وجوهٍ حسانٍ.

آخُذُ سِلْعَتَكَ بِكَذَا وَكَذَا. عَلَى أَنْ تُسْلِفَنِي كَذَا وَكَذَا. فَإِنْ عَقَدَا بَيْعَهُمَا عَلَى هٰذَا فَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ. فَإِنْ تَرَكَ الَّذِي اشْتَرَطَ السَّلَفَ، مَا اشْتَرَطَ مِنْهُ، كَانَ ذٰلِكَ الْبَيْعُ جَائِزاً.

المشتري (**للرجل**) البائع (**آخذ**) أي أشتري (**سلعتك بكذا وكذا**) درهماً (**على**) شرط (**أن تُسْلفني كذا وكذا**) درهماً (**فإن عقدا بيعهما على هذا**) الشرط (**فهو غير جائز**) قال الزرقاني[1]: أي حرام لاتهامهما على قصد السلف بزيادة، فإذا كان البائع هو دافع السلف، فكأنه أخذ الثمن في مقابلة السلعة والانتفاع بالسلف، وإن كان هو المشتري، فكأنه أخذ السلعة بما دفعه من الثمن والانتفاع بالسلف، انتهى.

وقال الباجي: ووجه ذلك من جهة المعنى أن القرض ليس من عقود المعاوضة، وإنما هو من عقود البر والمكارمة، فلا يصحُّ أن يكون له عوض. انتهى.

(**فإن ترك الذي اشترط السلف**) مع البيع (**ما اشترط منه**) وهو السلف مفعول ترك (**كان ذلك البيع جائزاً**).

قال الباجي[2]: المشهور من مذهب مالك أن مشترط القرض إن تركه صحّ البيع، وحكى الشيخ أبو بكر أن بعض المدنيين روى عن مالك أنه لا يصحُّ البيع وإن ترك القرض، وهو القياس، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، ووجهه أن البيع قد فسد عقده باشتراط السلف، انتهى.

وقال الموفق[3]: لو باعه بشرط أن يُسْلفه أو يُقرضه أو شرط المشتري

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٠٦).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٢٩).

(٣) «المغني» (٦/ ٣٣٤).

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا بَأْسَ أَنْ يُشْتَرَى الثَّوْبُ مِنَ الْكَتَّانِ، أَوِ الشَّطَوِيِّ، أَوِ الْقَصَبِيِّ، بِالْأَثْوَابِ مِنَ الْإِتْرِيبِيِّ، أَوِ الْقَسِّيِّ، أَوِ الزِّيقَةِ

ذلك عليه، فهو محَرَّمٌ، والبيع باطل، وهذا مذهب مالك والشافعي، ولا أعلم فيه خلافاً إلا أن مالكاً قال: إن ترك مشترطُ السلفِ السلفَ صحَّ البيع، ولنا حديث عبد الله بن عمرو، ولأنه اشترط عقداً في عقدٍ، ففسد كبيعتين في بيعةٍ، ولأنه إذا اشترط القرض زاد في الثمن لأجله، فتصير الزيادة في الثمن عوضاً عن القرض وربحاً له، وذلك ربا محرم، ففسد، كما لو صرح به، ولأنه بيع فاسد، فلا يعود صحيحاً، كما لو باع درهماً بدرهمين ثم ترك أحدهما، انتهى.

(قال مالك: ولا بأس أن يشتري) أحد **(الثوب من الكتان)** نوع من الثياب معروف **(والشطوي)** بالواو في النسخ الهندية، وبلفظ «أو» في النسخ المصرية بفتح الشين المعجمة، والطاء المهملة، نسبة إلى شطا قرية بمصر، قال الباجي: هو ما عُمِل بشطا، وهو من الكتان **(أو القصبى)** بفتح القاف، والصاد المهملة، فموحدة، قال المجد: القصب ثياب ناعمة من كتان، الواحدة قصبي **(بالأثواب)** جمع ثوب **(من الإتريبي)** بكسر الهمزة، وسكون الفوقية، فراء، فتحتية، فموحدة، ثياب تعمل بإتريب، قرية بمصر **(أو القَسِّيِّ)** بفتح القاف، وكسر السين المهملة المشددة، والياء، نوع من الثياب فيه خطوط من حرير منسوب إلى قَسٍّ قرية بمصر على ساحل البحر.

وفي «المجمع»(١): نسبة إلى قس بفتح قاف، وقيل: بكسرها، وقيل: أصله قزي نسبة إلى القَزِّ ضربٌ من الإبريسم، فأبدلت سيناً، وفسر بثياب مضلعة فيها حرير أمثال الأترنج أو كتان مخلوط بحرير **(أو الزيقة)** بكسر الزاي، وسكون التحتية، وفتح القاف، وتاء تأنيث، نسبة إلى زيق محلة بنيسابور(٢).

---

(١) «مجمع بحار الأنوار» (٤/ ٢٧٢).

(٢) انظر: «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٠٦).

أَوِ الثَّوْبِ الْهَرَوِيِّ، أَوِ الْمَرْوِيِّ بِالْمَلَاحِفِ الْيَمَانِيَّةِ وَالشَّقَائِقِ. وَمَا أَشْبَهَ ذٰلِكَ. الْوَاحِدُ بِالِاثْنَيْنِ، أَوِ الثَّلَاثَةِ يَداً بِيَدٍ. أَوْ إِلَى أَجَلٍ. وَإِنْ كَانَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ. فَإِنْ دَخَلَ، ذٰلِكَ، نَسِيئَةٌ فَلَا خَيْرَ فِيهِ.

وقال الباجي: ما عمل بصعيد مصر، وهي ثياب غليظة، وقال البوني: ثياب تعمل بالصعيد غلاظ رديئة، ونقله أبو عمر عن ابن حبيب، وفي «المحلى»: الزيقة ـ بالقاف ـ الثياب الناعمة، وعُلِمَ من هذا كله أنه بالزاي، والتحتية، فما في النسخ الهندية من الزلقة بالزاي واللام، لا وجه له **(أو الثوب الهروي)** بفتحتين، نسبة إلى هراة، مدينةٌ بخراسان، **(أو المروي)** «بأو» في النسخ الهندية، وأكثر المصرية وفي بعضها بالواو، وهو بفتح ميم وسكون راء، نسبة إلى مرو، بلدة بفاس، وينسب إليها الآدمي بزيادة زاي على خلاف القياس.

(بالملاحف) جمع ملحفة بكسر الميم، الملاءة التي يلتحف بها **(اليمانية)** بخفة الياء على الأصح، نسبة إلى اليمن، قال الباجي: هي ما كان من هذه البرود والصنعاني كله **(والشقائق)** بالواو في جميع النسخ، وهي الأزر الضيّقة الردئية، قاله البوني كابن عبد البر عن ابن حبيب.

وفي «المحلى»: هي الثياب الملونة بلون الشقائق، وقال الباجي: الشقائق من الأبراد الصفاق الضيقة **(وما أشبه ذلك)** المذكور من الثياب الأخر، فيجوز أن يشترى **(الواحد بالاثنين أو الثلاثة)** أو أكثر منها، وسواء كان البيع **(يداً بيد أو)** يكون **(إلى أجل)** أي نسيئة، لجواز التفاضل والنسأ معاً، لتحقق علة الربا بكلا جزئيها، وهو الادّخار للقوت والجنسية **(وإن كان)** المبيع في كلتا الجهتين، **(من صنف)** أي نوع **(واحد)** فيجوز التفاضل **(فإن دخل في ذلك)** أي في متحدي الصنف **(نسيئة فلا خير فيه)** أي لا يجوز لتحقق اتحاد الجنس، وإن لم يوجد الادّخار للقوت، وذلك كافٍ في حرمة النسأ.

قال الباجي[1]: قوله: لا بأس بالثوب من الكتان إلخ، يريد أن رقيق

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٣٠).

....

الكتان، وهي الشطوية وما أشبهها من القصبي والفرقبي والقسّي لا بأس به، بغليظ ثياب الكتان، وهي الإتريبي، وما أشبهه من القَسّي والزيقة والمرّيسية إلى أجل، وأصل ذلك أن ما اختلف في جنسه من الثياب يجوز بيعه بما خالفه في جنسه إلى أجل، ولا يجوز ذلك فيما كان من جنسه، وإنما يختلف جنسها بالرقة والغلظ؛ لأنها المنفعة المقصودة منها، وكذلك القطن رقيقه، وهو المروي والهروي والقوهي والعدني جنسٌ مخالفٌ لغليظه، وهي الشقائق والملاحف اليمانية الغلاظ، ذكر ذلك كله ابن القاسم في «المدونة» وغيرها، وفي «الواضحة»: أن ثياب القطن صنف، وإن اختلفت جودتها وأثمانها وبلدانها، وكانت هذه عمائم، وهذه أردية وشقق لتقارب منافعها، إلى آخر ما بسط من اختلاف المنافع.

قال: فجعل اختلاف الجنس بمعنيين بالصبغ على الوجه الذي ذكروه بالرقة والغلظ، ولم يذكر الاختلاف بالصبغ، وإنما ذكره بالرقة والغلظ؛ لأن ثياب الكتان لم تكن هناك تستعمل على هذا الوجه، وأما ثياب الحرير فصنف، وإن اختلفت أثمانها وصنعتها من أردية وأخمرة وغيرها، وقال أيضاً: قد غلط بعض من فسر «الموطأ» فتأول عليه أنه جعل الكتان والقطن صنفاً واحداً، وليس في اللفظ ما يقتضي ذلك، انتهى.

وقال الموفق(١): أما ما لا وَزْنَ للصناعة فيه، كمعمول الحديد، والرَّصاص، والنُّحاس، والقطن، والكَتَّان، والصوف، والإبريسم، فالمنصوص عن أحمد في الثياب والأكسية أنه لا يجري فيه الربا، فإنه قال: لا بأس بالثوب بالثوبين والكساء بالكسائَيْن، وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال: لا يباع الفلس بالفلسين ولا السِّكين بالسكينين ولا إبرة بإبرتين، أصلُه الوزنُ، ونقل القاضي حكم إحدى المسألتين إلى الأخرى، فجعل فيهما جميعاً روايتين،

---

(١) «المغني» (٦/ ٥٩).

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَصْلُحُ حَتَّى يَخْتَلِفَ. فَيَبِينَ اخْتِلَافُهُ. فَإِذَا أَشْبَهَ بَعْضُ ذٰلِكَ بَعْضاً. وَإِنِ اخْتَلَفَتْ أَسْمَاؤُهُ. فَلَا يَأْخُذْ مِنْهُ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ. وَذٰلِكَ أَنْ يَأْخُذَ الثَّوْبَيْنِ مِنَ الْهَرَوِيِّ بِالثَّوْبِ مِنَ الْمَرْوِيِّ، أَوِ الْقُوهِيِّ. إِلَى أَجَلٍ. أَوْ يَأْخُذَ الثَّوْبَيْنِ مِنَ الْفُرْقُبِيِّ، ....

إحداهما: لا يجري في الجميع، وهو قول الثَّوْري وأبي حنيفة وأكثر أهل العلم؛ لأنه ليس بمكيلٍ ولا موزون، وهذا هو الصحيح، إذ لا معنى لثبوت الحكم مع انتفاء العلة وعدم النص والإجماع، والثانية: يجري الربا في الجميع؛ لأن أصله الوزن، فلا يخرج بالصناعة عنه كالخبز، انتهى.

وفي «الدر المختار»[(١)]: واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود، قال ابن عابدين: فالثوب الهروي والمروي جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها، وكذا المروي المنسوج ببغداد وخراسان، واللّبد الأرمني والطّالقاني جنسان، وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن أجناس.

(قال مالك: ولا يصلح) أي لا يجوز النسيئة **(حتى يختلف)** المبيع من الجانبين **(فيبين)** بالنصب أي يظهر **(اختلافه)** ظهوراً واضحاً باعتبار المنافع **(فإذا أشبه بعضُ ذلك بعضاً)** أي يكون بعضها مشابهاً لبعض في المنافع المقصودة **(وإن)** وصلية **(اختلف أسماؤه فلا يأخذ منه اثنين بواحد إلى أجل)** لاتحاد الجنس **(وذلك)** أي مثال المذكور من قوله: ولا يصلح حتى يختلف **(أن يأخذ الثوبين من الهروي)** مثلاً **(بالثوب)** الواحد **(من المروي أو)** يأخذهما بالثوب الواحد من **(القُوهِي)** مثلاً بضم القاف، وسكون الواو، فهاء، قال في «القاموس»: ثياب بيض، **(إلى أجل)** أي نسيئة **(أو يأخذ)** مثلاً **(الثوبين من الفُرقبي)** بضم الفاء، والقاف بينهما راء ساكنة، ثم موحدة، فتحتية، نسبة إلى فرقب، كقنفذ،

---

(١) (٥/ ٣٠٠).

بِالثَّوْبِ مِنَ الشَّطَوِيِّ. فَإِذَا كَانَتْ هٰذِهِ الْأَجْنَاسُ عَلَى هٰذِهِ الصِّفَةِ. فَلَا يُشْتَرَى مِنْهَا اثْنَانِ بِوَاحِدٍ، إِلَى أَجَلٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا بَأْسَ أَنْ تَبِيعَ مَا اشْتَرَيْتَ مِنْهَا، قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْفِيَهُ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِهِ الَّذِي اشْتَرَيْتَهُ مِنْهُ. إِذَا انْتَقَدْتَ ثَمَنَهُ.

موضع، أي هي ثياب بيض من كَتّان **(بالثوب)** الواحد **(من الشطوي، فإذا كانت هذه الأصناف على هذه الصفة)** المذكورة من اتحاد المنافع **(فلا يشترى منها اثنان بواحد إلى أجل)**.

قال الزرقاني[1]: وجاز يداً بيد، قال الباجي[2]: أما إذا أشبه بعض ذلك بعضاً يريد مثل قولنا: العدني والمروي والهروي، فإنه قد اختلفت أسماء ذلك، ولا يجوز فيها التفاضل مع الأجل، لتقارب المنفعة التي في معنى الجنس، ومذهب أبي حنيفة يقرب من مذهب مالك في ذلك، وهو قول النخعي، وجوَّز الشافعي التفاضل مع التساوي في الصنف الواحد، وهو قول سعيد بن المسيب، قال أبو الزناد: خالف الناس كلهم سعيد بن المسيب في قوله: لا بأس بقبطية بقبطيتين من صنفٍ واحدٍ إلى أجل، انتهى.

(قال مالك: ولا بأس بأن تبيع ما اشتريت منها) أي من الثياب **(قبل أن تستوفيه)** أي قبل القبض **(من غير)** أي لغير متعلق لتبيع **(صاحبه الذي اشتريت منه)** وهو البائع، وهو الأوجه من النسخ الهندية بلفظ الذي اشتريته، واختلفت النسخ بعد ذلك، ففي النسخ المصرية **(إذا نقدت)** أي أعطيت **(ثمنه)** البائع الأول، وفي النسخ الهندية إذا انتقدت، أي أخذت ثمنه من الذي اشترى منك، أما إذا لم يأخذ ثمنه منه، فيدخل في بيع الكالئ بالكالئ.

قال صاحب «المحلى»: إذا انتقدت ثمنه، أي إذا أخذت ثمنه نقداً، أما

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٠٦).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٣٠).

(٣١) باب السلفة في العروض

١٣٦٦/ ٧٠ ـ **حدّثني** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ يَحْيَىٰ بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ؛ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ، وَرَجُلٌ

إذا كان نسيئة فإنه لا يجوز، وكذا إذا كان من بائعه، فإنه لا يصلح، وهذا في الثياب ونحوه من غير أموال الربوية. وأما الطعام فلا يجوز بيعه قبل قبضه مطلقاً، انتهى.

قلت: وقد تقدم في أول البيوع اختلافهم في ما يجوز بيعه قبل القبض، ويختصُّ المنع عند الإمام مالك بالطعام، فلا يجوز بيعه عنده قبل القبض، وتقدم البسط في اختلاف الأئمة في جواز التصرف في المبيع قبل القبض، وجملة ذلك كما في «التعليق الممجد»[١] عن «البناية» أنه قال مالك: يجوز جميع التصرفات في غير الطعام قبل القبض، لورود التخصيص في الأحاديث بالطعام، وقال أحمد: إن كان المبيع مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً لم يجز بيعه قبل القبض، وفي غيره يجوز، وقال محمد وزفر والشافعي: لا يجوز بيع شيءٍ قبل القبض، لإطلاق الأحاديث، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يجوز بيع غير المنقول قبل القبض.

(٣١) السلف في العروض

كذا في النسخ الهندية، وفي المصرية[٢] السلفة، قال صاحب «المحلى»: يعني السلم فيها.

١٣٦٦/ ٧٠ ـ **(مالك عن يحيى بن سعيد)** الأنصاري **(عن القاسم بن محمد)** بن أبي بكر **(أنه قال: سمعت عبد الله بن عباس، ورجلٌ)** لم يسم كان

---

(١) (٣/ ١٩٩).

(٢) في «الاستذكار» (٢٠/ ١٥١) السلفة.

يَسْأَلُهُ: عَنْ رَجُلٍ سَلَّفَ فِي سَبَائِبَ فَأَرادَ بَيْعَهَا قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهَا. فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: تِلْكَ الْوَرِقُ بِالْوَرِقِ. وَكَرِهَ ذٰلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذٰلِكَ فِيمَا نُرَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، أَنَّهُ أَرَادَ أَنْ يَبِيعَهَا مِنْ صَاحِبِهَا الَّذِي اشْتَرَاهَا مِنْهُ، بِأَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي ابْتَاعَهَا بِهِ. وَلَوْ أَنَّهُ بَاعَهَا مِنْ غَيْرِ الَّذِي اشْتَرَاهَا مِنْهُ، لَمْ يَكُنْ بِذٰلِكَ بَأْسٌ.

(يسأله) أي ابن عباس **(عن)** حكم **(رجل سلّف)** أي أسلم **(في سبائب)** بسين مهملة أوله وموحدة آخره، شَقَقٌ رقيقة، جمع سِبة بالكسر، وسبيبة، وقال أبو عمر: السبائب عمائم الكتان وغيره، وقيل: شَقَقُ الكتَّان وغيره، وقيل: الملاحف **(فأراد)** المشتري **(بيعها)** أي أراد أن يبيعها **(قبل أن يقبضها، فقال ابن عباس)** راداً على هذا البيع **(تلك)** الصورة يلزم منها أن يكون بيع **(الورق بالورق، وكره)** ابن عباس **(ذلك)** البيع، ولما كان هذا البيع جائزاً عند مالك، لاختصاص النهي عنده بالطعام، أوّل قول ابن عباس.

فقال: **(قال مالك: وذلك)** أي نهي ابن عباس **(فيما نرى)** أي نظن **(والله أعلم أنه)** أي الرجل **(أراد بيعها)** وفي بعض النسخ المصرية «أنه إنما أراد أن يبيعها» **(من صاحبها الذي اشتراها منه)** وهو البائع **(بأكثر من الثمن الذي ابتاعها به)** فَيُتَّهَمان على القرض بزيادة، وجعلا العقد مُحَلِّلاً بينهما **(ولو أنه)** أي الرجل **(باعها)** أي السبائب **(من غير الذي اشتراها منه لم يكن بذلك بأس)** أي حرج.

قال الباجي(١): يحتمل قول مالك هذا أن يريد بيان مذهب ابن عباس، ويحتمل أن يريد به ما يحتمله اللفظ المروي في ذلك بما هو الصواب عنده، وقد قال عيسى: سألت ابن القاسم عن ربح ما لم يضمن، فقال: ذكر مالك أنه بيع الطعام قبل أن يستوفى، أما غير الطعام العروض والحيوان والثياب، فإن ربحه حلال، انتهى.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٣١).

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا، فِيمَنْ سَلَّفَ فِي رَقِيقٍ أَوْ مَاشِيَةٍ أَوْ عُرُوضٍ. فَإِذَا كَانَ كُلُّ شَيْءٍ مِنْ ذٰلِكَ مَوْصُوفاً. فَسَلَّفَ فِيهِ إِلَى أَجَلٍ. فَحَلَّ الْأَجَلُ. فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَ لَا يَبِيعُ شَيْئاً مِنْ ذٰلِكَ. مِنَ الَّذِي اشْتَرَاهُ مِنْهُ. بِأَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي سَلَّفَهُ فِيهِ. قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ مَا سَلَّفَهُ فِيهِ. وَذٰلِكَ أَنَّهُ إِذَا فَعَلَهُ، فَهُوَ الرِّبَا. صَارَ الْمُشْتَرِي إِنْ أَعْطَى الَّذِي بَاعَهُ. دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ فَانْتَفَعَ بِهَا. ....

وقال أبو عمر[1]: مذهب ابن عباس أن العروض كالطعام يمنع بيعه قبل قبضه؛ لأنه عنده من ربح ما لم يضمن، خلاف ما ظنه مالك، وقد صَحَّ أن ابن عباس قال: وأحسب أن كل شيء بمنزلة الطعام، انتهى. قلت: أخرجه البخاري عنه في «صحيحه»، وأما الاختلاف في التصرف في المبيع قبل القبض فتقدم مجملاً قريباً، ومفصلاً سابقاً.

(قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن سَلَّفَ) بتشديد اللام أي أسلم **(في رقيق أو ماشية أو عروض، فإذا كان كل شيء من ذلك موصوفاً)** بالصفات المعتبرة في السلم؛ لأن صحة السلم؛ موقوفة عليها عند القائلين بجواز السلم في الحيوان **(فسلّف فيه إلى أجل)** معلوم **(فَحَلَّ)** بتشديد اللام **(الأجل)** أي جاء وقت أداء المسلم فيه **(فإن المشتري لا يبيع)** أي لا يجوز له أن يبيع **(شيئاً من ذلك)** أي المسلم فيه **(من الذي)** أي بيد من **(اشتراه منه بأكثر من الثمن الذي سلّفه فيه قبل أن يقبض ما سلّفه فيه، وذلك)** أي سبب المنع **(أنه إذا فعله)** وفي بعض النسخ المصرية «إذا فعل ذلك»، يعني يبيع المشتري المسلم فيه قبل القبض بيد البائع، وهو المسلم إليه **(فهو الربا)**.

وتوضيح ذلك أنه **(صار المشتري)** وهو رب السلم **(إن أعطى الذي باعه)** وهو المسلم إليه **(دنانير أو دراهم)** أي الثمن **(فانتفع)** المسلم إليه **(بها)** أي بهذه

---

(١) «الاستذكار» (٢٠/ ١٥٢).

فَلَمَّا حَلَّتْ عَلَيْهِ السِّلْعَةُ وَلَمْ يَقْبِضْهَا الْمُشْتَرِي. بَاعَهَا مِنْ صَاحِبِهَا بِأَكْثَرَ مِمَّا سَلَّفَهُ فِيهَا. فَصَارَ أَنْ رَدَّ إِلَيْهِ مَا سَلَّفَهُ. وَزَادَهُ مِنْ عِنْدِهِ.

الدنانير والدراهم إلى زمان **(فلما حلت عليه السلعة)** التي باعها، أي لما جاء وقت أداء المسلم فيه **(ولم يقبضها المشتري)** أي رب السلم إلى الآن **(باعها)** أي باع رب السلم هذه السلعة **(من صاحبها)** أي بيد المسلم إليه **(بأكثر مما سلّفه فيه)** أي بأكثر من المسلم فيه **(فصار)** أي آل الأمر إلى **(أن رد)** المسلم إليه **(إليه)** أي إلى رب السلم **(ما سلَّفه)** وهو المسلم فيه **(وزاده من عنده)** وهو مقدار ما زاد على المسلم فيه.

وذلك الربا بعينه إذ هو زيادةٌ خاليةٌ عن العوض، هذا إذا أريد بقوله: بأكثر مما سلّفه فيها المسلم فيه، كما يدل عليه لفظ في، وإن أريد به الثمن، فصار المعنى أنه آل الأمر إلى ردّ المسلم إليه إلى رب السلم الثمن، وزاد من عنده، وهو ظاهر الربا.

قال الباجي[١]: قوله: قبل أن يقبضه يريد ما دام في ذمّته وقبل استيفائه منه؛ لأنه حينئذ يكون قد دفع إليه ديناراً، وأخذ منه دينارين، وأما إن باعه بمثل الثمن الذي اشتراه به منه أو أقل من ذلك، فإنه لا بأس به؛ لأنه في بيعه بمثله يعود إلى معنى القرض، فإذا باعه بأقل من الثمن بعد عن التهمة؛ لأن مثل هذا لا يفعل، لا يقصد أحد أن يسلّف دينارين في دينار واحد، انتهى.

وقال الموفق[٢]: أما بيع المسلم فيه قبل قبضه، فلا نعلم في تحريمه خلافاً، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه، وعن ربح ما لم يضمن، ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه، فلم يجز بيعه، كالطعام قبل قبضه، وأما الإقالة في المسلم فيه فجائزة؛ لأنها فسخ، قال ابن المنذر: أجمع كل من

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٣٢).

(٢) «المغني» (٦/ ٤١٥).

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ سَلَّفَ ذَهَباً أَوْ وَرِقاً فِي حَيَوانٍ أَوْ عُرُوضٍ إِذَا كَانَ مَوْصُوفاً إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى. ....

نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة؛ لأنها فسخ للعقد، ورفع له من أصله، وليست بيعاً، انتهى.

قلت: وما حكى من الإجماع على منع البيع قبل القبض مشكلٌ، فإن هذا الباب في «الموطأ» يرد الإجماع، قال ابن رشد[1]: اختلف العلماء في بيع المسلم فيه، إذا حان الأجل من المسلم إليه قبل قبضه، فمن العلماء من لم يجز ذلك أصلاً، وهم القائلون بأن كل شيء لا يجوز بيعه قبل قبضه، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وإسحاق، وتمسكوا في منعه بحديث أبي سعيد الخدري مرفوعاً: «من أسلم في شيء فلا يصرفه في غيره»، وأما مالك فإنه منع ذلك في موضعين: أحدهما: إذا كان المسلم فيه طعاماً، وذلك بناء على مذهبه في أن الذي يشترط في بيعه القبض هو الطعام، والثاني: إذا لم يكن المسلم فيه طعاماً، فأخذ عوضه المسلم ما لا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله، انتهى.

وفي «المحلى»: واستدل الجمهور بما رواه أبو داود[2] عن أبي سعيد: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره»، ولابن أبي شيبة عن عمر ـ رضي الله عنه ـ: إذا أسلمت في شيء، فلا تبعه حتى تقبضه، ولا تصرفه إلى غيرك، وروى عبد الرزاق عن ابن عمر: إذا أسلفت في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذي أسلفت فيه، انتهى.

(قال مالك: ومن سَلَّفَ) بتشديد اللام أي أسلم **(ذهباً أو ورقاً)** أي فضة **(في حيوان أو عرض)** آخر غير الطعام، وفي نسخة «أو عروض» بالجمع **(إذا كان)** المسلم فيه **(موصوفاً)** بالصفات اللازمة لصحة السلم **(إلى أجل مسمّى)**

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٠٥).

(٢) أخرجه أبو داود في «السنن» (٢/ ٢٤٧).

ثُمَّ حَلَّ الْأَجَلُ. فَإِنَّهُ لَا بَأْسَ أَنْ يَبِيعَ الْمُشْتَرِي تِلْكَ السِّلْعَةَ مِنَ الْبَائِعِ. قَبْلَ أَنْ يَحِلَّ الْأَجَلُ. أَوْ بَعْدَ مَا يَحِلُّ. بِعَرْضٍ مِنَ الْعُرُوضِ. يُعَجِّلُهُ وَلَا يُؤَخِّرُهُ. بَالِغاً مَا بَلَغَ ذٰلِكَ الْعَرْضُ. إِلَّا الطَّعَامَ. فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ. وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَبِيعَ تِلْكَ السِّلْعَةَ. مِنْ غَيْرِ صَاحِبِهِ الَّذِي ابْتَاعَهَا مِنْهُ، بِذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ أَوْ عَرْضٍ مِنَ الْعُرُوضِ. يَقْبِضُ ذٰلِكَ وَلَا يُؤَخِّرُهُ. لِأَنَّهُ إِذَا أَخَّرَ ذٰلِكَ قَبُحَ. وَدَخَلَهُ مَا يُكْرَهُ مِنَ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ. ....

معلوم، لكونه شرطاً لصحة السلم **(ثم حلّ الأجل)** وجاء وقت الأداء **(فإنه لا بأس أن يبيع المشتري)** أي رب السلم **(تلك السلعة)** أي المسلم فيه **(من البائع)** أي بيد المسلم إليه **(قبل أن يحل الأجل أو بعدما يحل)** الأجل **(بعرض)** آخر غير المسلم فيه **(من العروض)** بشرط أن **(يعجله)** أي بشرط أن يأخذ المبيع عاجلة. **(ولا يؤخره)** تأكيد **(بالغاً ما بلغ ذلك العرض)** الآخر يعني في أي مقدار كان **(إلا الطعام)** إذ لا يجوز بيعه قبل قبضه، فإن كان المسلم فيه طعاماً **(فإنه لا يحلُّ أن يبيعه)** أي الطعام **(حتى يقبضه)** وفي النسخ المصرية «قبل أن يقبضه»، فإن النهي عن البيع قبل أن يقبضه مقتصر عند الإمام مالك على الطعام.

(وللمشتري) أي لرب السلم **(أن يبيع تلك السلعة)** المذكورة، وهي المسلم فيه المذكور إذا لم يكن طعاماً **(من غير صاحبها)** بضمير التأنيث في النسخ الهندية، فالمرجع السلعة، وبتذكير الضمير في النسخ المصرية فالمرجع المشتري، والمعنى يبيع تلك السلعة بيد غير **(الذي ابتاعها منه)** وهو المسلم إليه **(بذهب أو ورق أو عرض)** آخر غير المسلم فيه **(من العروض)** الباقية بشرط أن **(يقبض ذلك)** البدل عاجلاً **(ولا يؤخره لأنه)** دليل لشرط التعجيل **(إذا أَخَّرَ ذلك)** أي بدل المسلم فيه **(قَبُحَ)** أي حَرُمَ ذلك البيعُ **(ودخله)** أي في هذا البيع **(ما يُكْرَهُ من)** بيع **(الكالئ بالكالئ)** بيان لما، وبيع الكالئ بالكالئ منهيٌّ عنه بالإجماع.

وَالْكَالِئُ بِالْكَالِئِ أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ دَيْناً لَهُ عَلَى رَجُلٍ. بِدَيْنٍ عَلَى رَجُلٍ آخَرَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ سَلَّفَ فِي سِلْعَةٍ إِلَى أَجَلٍ. وَتِلْكَ السِّلْعَةُ مِمَّا لَا يُؤْكَلُ وَلَا يُشْرَبُ. فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَ يَبِيعُهَا مِمَّنْ ....

قال الباجي[١]: ومن شرط صحة هذا البيع القبض قبل التفرق، أو ما هو في حكم ذلك؛ لأنه يدخله قبل الأجل، وبعده فسخ دَيْن في دَيْنٍ، وذلك ممنوع بالاتفاق، انتهى. وقد ورد النهي عن بيع الكالئ بالكالئ، كما تقدم في أول جامع بيع الثمر.

(والكالئ بالكالئ) أي تفسير هذا البيع المنهي عنه **(أن يبيع الرجل)** أي زيد مثلاً **(ديناً له)** أي لزيد **(على رجل)** على عمرو مثلاً **(بدين له)** هكذا في النسخ الهندية بزيادة لفظ له، وليس هذا في النسخ المصرية[٢]، فيكون المعنى على النسخ المصرية أي يبيعه نسيئة بيد رجل آخر **(على رجل آخر)** أي بكر مثلاً.

قال الباجي[٣]: يريد أن يبيع ديناً له على رجل من رجل آخر بعرض يُؤَخِّرُه عليه، وإنما نعني بذلك أن هذا من جملة الكالئ بالكالئ، لأن هذا هو جميع ما يقع عليه الاسم، بل بيعُ ثوبٍ إلى أجل بحيوانٍ على بائعه إلى أجلٍ أدخل في باب الكالئ بالكالئ، انتهى.

(قال مالك: ومن سلّف) أي أسلم **(في سلعة إلى أجل وتلك السلعة)** المسلم فيها **(مما لا يؤكل ولا يشرب)** قيد بذلك للنهي عن بيع الطعام قبل القبض **(فإن المشتري)** أي رب السلم **(يبيعها)** أي السلعة المسلم فيها **(ممن**

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٣٢).

(٢) انظر: «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٠٨).

(٣) «المنتقى» (٥/ ٣٣).

شَاءَ. بِنَقْدٍ أَوْ عَرْضٍ. قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَهَا مِنْ غَيْرِ صَاحِبِهَا الَّذِي اشْتَرَاهَا مِنْهُ. وَلَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا مِنَ الَّذِي ابْتَاعَهَا مِنْهُ. إِلَّا بِعَرْضٍ يَقْبِضُهُ وَلَا يُؤَخِّرُهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ كَانَتِ السِّلْعَةُ لَمْ تَحِلَّ. فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَبِيعَهَا مِنْ صَاحِبِهَا بِعَرْضٍ مُخَالِفٍ لَهَا. بَيِّنٍ خِلَافُهُ. يَقْبِضُهُ وَلَا يُؤَخِّرُهُ.

شاء) أي بيد من شاء **(بنقد أو عرض قبل أن يستوفيها)** لأن النهي عند المالكية مقتصر على منع بيع الطعام قبل القبض **(من غير صاحبها الذي اشتراها منه)**، وهو المسلم إليه، وهو بيان لمن شاء **(ولا ينبغي)** أي لا يجوز **(له أن يبيعها من الذي ابتاعها منه)** أي المسلم إليه **(إلا بعرضٍ)** آخر غير المسلم فيه **(يقبضه ولا يؤخره)** لئلا يدخل في الكالئ بالكالئ.

(قال مالك: وإن كانت السلعة) المذكورة **(لم تَحِلّ)** أي لم يجئ وقت أدائها **(فلا بأس بأن يبيعها من صاحبها)** أي بيد المسلم إليه **(بعرضٍ)** آخر **(مخالف لها)** أي مخالف للسلعة المسلم فيها **(بيّنٍ)** أي ظاهر **(خلافه)** أما إذا لم يكن خلافه ظاهراً فلا يجوز؛ لأنه يدخل في متّحدي الجنس **(يقبضه ولا يؤخره)** لما مَرّ، فهذه المسألة أيضاً تقرب مما سبق.

وفي «المحلى»: الحاصل أن المسلم فيه إما طعام أو غيره، أما الطعام فلا يجوز بيعه قبل القبض مطلقاً، وأما غيره من الحيوان والثياب ونحوها، فإنه يحلُّ بيعه من البائع بعرض ما بلغ ذلك العرض، إذا كان مُعَجَّلاً، ولا يجوز بنقد أكثر من رأس المال، ويجوز بغير البائع بنقد، وبعرض إذا كان معجلاً، هذا قول مالك، وقال الجمهور: إنه لا يجوز التصرف في المسلم فيه قبل قبضه، ولا الاعتياض عنه، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة، كما في «المنهاج» و«الهداية»، انتهى.

قَالَ مَالِكٌ؛ فِيمَنْ سَلَّفَ دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ. فِي أَرْبَعَةِ أَثْوَابٍ مَوْصُوفَةٍ. إِلَى أَجَلٍ. فَلَمَّا حَلَّ الْأَجَلُ. تَقَاضَى صَاحِبَهَا. فَلَمْ يَجِدْهَا عِنْدَهُ. وَوَجَدَ عِنْدَهُ ثِيَاباً دُونَهَا مِنْ صِنْفِهَا. فَقَالَ لَهُ الَّذِي عَلَيْهِ الْأَثْوَابُ: أُعْطِيكَ بِهَا ثَمَانِيَةَ أَثْوَابٍ مِنْ ثِيَابِي هٰذِهِ: إِنَّهُ لَا بَأْسَ بِذٰلِكَ. إِذَا أَخَذَ تِلْكَ الْأَثْوَابَ الَّتِي يُعْطِيهِ قَبْلَ أَنْ يَفْتَرِقَا. فَإِنْ دَخَلَ ذٰلِكَ، الأجل، فَإِنَّهُ لَا يَصْلُحُ وَإِنْ كَانَ ذٰلِكَ قَبْلَ مَحِلِّ الْأَجَلِ. فَإِنَّهُ لَا يَصْلُحُ أَيْضاً. إِلَّا أَنْ يَبِيعَهُ ثِيَاباً لَيْسَتْ مِنْ صِنْفِ الثِّيَابِ الَّتِي سَلَّفَهُ فِيهَا.

(قال مالك؛ فيمن سَلَّفَ) أي أسلم **(دنانير أو دراهم في أربعة أثواب)** مثلاً **(موصوفة)** بالصفات اللازمة **(إلى أجل، فلما حلّ الأجل)** أي وقت الأداء **(تقاضى صاحبها)** أي طلبها منه **(فلم يجدها عنده)** أي لم يجد عنده ثياباً موصوفة بالصفات المشروطة **(ووجد عنده ثياباً دونها من صنفها)** أي من نوعها **(فقال له)** أي لرب السلم **(الذي عليه الأثواب)** أي المسلم إليه، وهو فاعل قال **(أعطيك بها)** أي بالأثواب الأربع **(ثمانية أثواب من ثيابي هذه)** فقال مالك في هذا: **(إنه لا بأس بذلك إذا أخذ تلك الأثواب)** الثمانية **(التي يعطيه قبل أن يفترقا)** أي يقبضا نقداً.

(قال مالك) وليس هذا اللفظ في النسخ المصرية، والكلام الآتي ملحق بما سبق **(فإن دخل ذلك الأجل، فإن ذلك لا يصلح)** أي لا يجوز **(وإن كان ذلك)** أي أخذ الثمانية بدل الأربعة **(قبل محل)** أي حلول **(الأجل فإنه لا يصلح أيضاً إلا أن يبيعه ثياباً ليست من صنف الثياب التي سلّفه فيها)** فيجوز.

قال الباجي[1]: قوله: من سلّف في أربعة أثواب، إلخ، يقتضي أن رقيق

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٣٤).

(٣٢) باب بيع النحاس والحديد وما أشبههما مما يوزن

١٣٦٧/ ٧١ ـ قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَا كَانَ مِمَّا يُوزَنُ. مِنْ غَيْرِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ. مِنَ النُّحَاسِ وَالشَّبَهِ ....

الكَتَّان جنس واحد، وإن اختلفت أثمانه، حتى يكون للثوب منه ثمن الثوبين والأكثر، لكنه من جملة الرقيق، كما أن غليظه جنس مخالف لرقيقه، وكذلك حكم سائر الثياب من القطن والصوف وغيرهما، إذا ثبت ذلك، فإنه لا يجوز أن يأخذ منه قبل الأجل أدون من ثيابه ولا أفضل؛ لأنه لا يسلم الجنس من الثياب في جنسه، ولأنه يدخله في الأدون «ضَعْ وتَعَجَّلْ»، ويدخله في أخذه الأفضل حُطَّ عني الضمان، وأزيدُك، وإذا حلَّ الأجل جاز أن يأخذ منه أفضل من ثيابه وأدنى وأكثر عدداً، انتهى. وقد عرفت قريباً أنه لا يجوز عند الجمهور بيع المسلم فيه قبل القبض، ولا الاعتياض عنه.

(٣٢) بيع النحاس

بضم النون، فحاء مهملة معروف، يقال له في الفارسية: مِسْ، وفي الهندية: تانبا.

والحديد

كأمير يقال له في الفارسية: آهن، وفي الهندية: لوها.

وما أشبههما

في كونه غير مطعوم مدّخر ولا عين.

مما يوزن

بيان لما أي من الأشياء الموزونة.

١٣٦٧/ ٧١ ـ **(قال مالك: الأمر)** المرجح **(عندنا فيما كان مما يُوزن من غير الذهب والفضة)** وغير المطعومات **(من النحاس والشبه)** بفتح الشين المعجمة

وَالرَّصَاصِ وَالآنُكِ والْحَدِيدِ وَالْقَضْبِ وَالتِّيْنِ ....

والموحدة أعلى النحاس يشبه الذهب، يقال له في الفارسية: بربخ، وفي الهندية: پيتل **(والرصاص)** بفتح الراء، وتخفيف الصاد المهملة، وفي «المحلى» عن «القاموس»: كسحاب ولا يكسر، انتهى. يقال له بالفارسية: ارزيز، وفي الهندية: رانگ **(والآنك)** بمد الهمزة، وضم النون آخره كاف، الرصاص الخالص، ويقال: الأسود، وقال ابن الجوزي: هو الرصاص القلع بفتح القاف منسوب إلى القلعة، موضع بالبادية، كذا في «المحلى»، يقال له في الفارسية: سرب، وفي الهندية سيسه.

(والحديد والقضب) ضبطه الزرقاني بإسكان الضاد المعجمة، وفي «المحلى»: هي الرطبة، وفي «المحيط الأعظم»: الرطبة يقال لها في العربية: القضبة. ولليابس منها القتُّ، وفي الفارسية إسپست، نوع من علف الدواب، وفي «الصراح»: قضب وقضبة سپست، وفي «مختار الصحاح»: القضب والقضبة الرطبة وهي الإسفست بالفارسية، انتهى. **(والتين)** المأكول، قاله الزرقاني[١]، يقال له في الهندية: إنجير.

قال الدردير[٢]: ذكر أي الخليل أن التين ليس بربوي بناءً على أن العلة الاقتيات والادّخار، وكونه متخذاً للعيش غالباً، ثم قال: والمعتمد أنه ربوي، قال الدسوقي: لأنه يُقْتات ويدّخر، وإن لم يتخذ للعيش غالباً، انتهى. فذكره ههنا بناء على أنه غير ربوي، وهذا كله على ما في جميع النسخ الهندية والمصرية من المثناة التحتية بين التاء والنون، ولو كان في نسخة بدله الموحدة فلا إشكال.

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣١٠).
(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ٤٧ و٥٠).

وَالْكُرْسُفِ. وَمَا أَشْبَهَ ذٰلِكَ. مِمَّا يُوزَنُ. فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُؤْخَذَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ. اثْنَانِ بِوَاحِدٍ. يَداً بِيَدٍ. وَلَا بَأْسَ أَنْ يُؤْخَذَ رِطْلُ حَدِيدٍ. بِرِطْلَيْ حَدِيدٍ. وَرِطْلُ صُفْرٍ. بِرِطْلَيْ صُفْرٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا خَيْرَ فِيهِ. اثْنَانِ بِوَاحِدٍ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ. إِلَى أَجَلٍ. فَإِذَا اخْتَلَفَ الصِّنْفَانِ مِنْ ذٰلِكَ. فَبَانَ اخْتِلَافُهُمَا. فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ. إِلَى أَجَلٍ. فَإِنْ كَانَ الصِّنْفُ مِنْهُ يُشْبِهُ الصِّنْفَ الآخَرَ. وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الاِسْمِ. مِثْلُ ....

(**والكرسف**) بضم الكاف القطن، وفي الهندية روئي (**وما أشبه ذلك مما يوزن**) ولا يكون مدّخراً للاقتيات (**فلا بأس بأن يؤخذ**) أي يشترى ويباع (**من صنف واحد**) أيضاً (**اثنان بواحد يداً بيد**) أي بشرط المناجزة؛ لأن علة النسأ، وهي الجنس موجودة، فلا يباع نسيئة.

ثم أوضح ذلك بالمثال، فقال: (**ولا بأس**) أي يجوز (**أن يؤخذ رِطلُ حديد برطلي حديد ورطل صفر**) بضم الصاد المهملة وتكسر، النحاس الجيد (**برطلَي صفر**) يعني يجوز فيها التفاضل لعدم كونها من الربوية، فإنها ليس مما يدّخر للقوت، وهو العلة عند الإمام مالك، كذا في «المحلى»، وفيه خلاف الحنفية إذ العلة عندهم كونه مكيلاً أو موزوناً، وهذه من الموزونات.

قال مالك: (**ولا خير فيه اثنان بواحد**) يعني لا يجوز التفاضل إذا كان البدلان (**من صنف واحد إلى أجل**) أي نسيئة؛ لأن اتحاد الجنس يحرم النساء في الأموال الربوية وغيرها، وهو قول أبي حنيفة، قال الشافعي: الجنس بانفراده لا يحرم النساء، كذا في «المحلى».

(**فإذا اختلف الصنفان من ذلك فبان اختلافهما**) أي يكون اختلافهما بَيّناً ظاهراً (**فلا بأس بأن يؤخذ منه اثنان بواحد إلى أجل**) أيضاً لانتفاء عِلَّتَي الربا عنده (**فإن كان الصنف منه يشبه الصنف الآخر**) ولم يكن بينهما اختلاف واضح. (**وإن اختلفا**) وصلية (**في الاسم**) بأن يكون لكل واحد منهما اسم مستقل (**مثل**

الرَّصَاصِ وَالآنُكِ وَالشَّبَهِ وَالصُّفْرِ. فَإِنِّي أَكْرَهُ أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ. إِلَى أَجَلٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَا اشْتَرَيْتَ مِنْ هٰذِهِ الْأَصْنَافِ كُلِّهَا. فَلَا بَأْسَ أَنْ تَبِيعَهُ. قَبْلَ أَنْ تَقْبِضَهُ. مِنْ غَيْرِ صَاحِبِهِ الَّذِي اشْتَرَيْتَهُ مِنْهُ. إِذَا قَبَضْتَ ثَمَنَهُ. إِذَا كُنْتَ اشْتَرَيْتَهُ كَيْلاً أَوْ وَزْناً. فَإِنِ اشْتَرَيْتَهُ جِزَافاً. فَبِعْهُ مِنْ غَيْرِ الَّذِي اشْتَرَيْتَهُ مِنْهُ. ....

الرصاص والآنك) فإنهما متشابهان **(والشبه والصفر)** فإنهما شديد الشبه **(فإني أكره أن يؤخذ منه اثنان بواحد إلى أجل)** أي نسيئة.

قال الباجي[١]: معنى ذلك أن المكيل والموزون مما ليس بمطعوم ولا ثمن، كالحناء والحديد وغيرهما، فإنه يجوز فيه التفاضل يداً بيد، ويحرم فيه التفاضل مع الأجل في الجنس الواحد، وإن كان الصنف يشبه الصنف الآخر وإن اختلفا في الاسم، فإني أكره أن يباع منه واحد باثنين إلى أجل، ويريد بالتشابه تقارب المنافع مع تقارب الصورة، كالآنك والرصاص، زاد ابن حبيب: والقزوير، فإنه جنس واحد في هذا الباب، وكذا الشبه والصفر والنحاس جنس واحد، والحديد لينه وذكيره جنس واحد، وإنما يختلف بالعمل، فإذا عمل الحديد سيوفاً أو سكاكين أو النحاس أواني، فإنه يصير أصنافاً باختلاف المنافع والصور، انتهى.

(قال مالك: وما اشتريت من هذه الأصناف) المذكورة في القول السابق **(كلها)** تأكيد **(فلا بأس أن تبيعه قبل أن تقبضه)** أي يجوز بيعه قبل القبض **(من غير)** أي بيد غير **(صاحبه الذي اشتريته منه)** وهو البائع الأول **(إذا قبضت ثمنه)** من الذي يشتري منك يعني لا يجوز لك بيعه نسيئة **(إذا كنت)** قد **(اشتريته)** أولاً **(كيلاً أو وزناً، فإذا)** كنت قد **(اشتريته)** من البائع الأول **(جزافاً)** أي تخميناً كالصبرة **(فبِعْه من غير)** صاحبه **(الذي اشتريته منه)** أي بِعْه بيد غير البائع الأول

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٣٥).

بِنَقْدٍ. أَوْ إِلَى أَجَلٍ. وَذٰلِكَ أَنَّ ضَمَانَهُ مِنْكَ إِذَا اشْتَرَيْتَهُ جِزَافاً. وَلَا يَكُونُ ضَمَانُهُ مِنْكَ إِذَا اشْتَرَيْتَهُ وَزْناً. حَتَّى تَزِنَهُ وَتَسْتَوْفِيَهُ. وَهٰذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَيَّ فِي هٰذِهِ الْأَشْيَاءِ كُلِّهَا. وَهُوَ الَّذِي لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ أَمْرُ النَّاسِ عِنْدَنَا.

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ. مِمَّا لَا يُؤْكَلُ وَلَا يُشْرَبُ. مِثْلُ الْعُصْفُرِ وَالنَّوَى وَالْخَبَطِ وَالْكَتَمِ وَمَا يُشْبِهُ ذٰلِكَ. أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِأَنْ يُؤْخَذَ مِنْ كُلِ صِنْفٍ مِنْهُ. ....

كيفما شئت سواء كان (**بنقد أو إلى أجل**) يعني إن اشتراط قبض الثمن، إنما يكون فيما اشتريته كيلاً أو وزناً، ولا يشترط النقد فيما اشتريته جزافاً.

(**وذلك**) أي وجه الفرق بين ما اشتري كيلاً أو وزناً وبين ما اشتري جزافاً (**أن ضمانه**) أي المبيع يكون (**منك**) بنفس العقد (**إذا اشتريته جزافاً**) لدخوله في ملكك بنفس العقد (**ولا يكون ضمانه منك إذا اشتريته وزناً حتى تزنه وتستوفيه**) وتقبضه، وذلك لما تقدم أن المبيع عند مالك على ضربين: ما فيه حق توفية، كالمكيل والموزون وغيرهما، وما ليس فيه حق توفية كالمبيع جزافاً، وضمان هذا النوع الثاني يكون من المشتري بنفس العقد، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إن ضمانه من البائع قبل قبض المشتري، وبنحو قول مالك قال أحمد (**وهذا**) الذي ذكر من الفرق بينهما (**أحبّ ما سمعت إليّ**) متعلق بأحب (**في هذه الأشياء كلها**) المذكورة في القول السابق (**وهو الذي لم يزل عليه أمر الناس**) وعملهم (**عندنا**) بالمدينة المنورة.

(**قال مالك: الأمر**) المختار (**عندنا فيما يكال أو يوزن**) أي في المكيل والموزون (**مما لا يؤكل ولا يشرب**) ببناء المجهول فيهما أي مما لا يدّخر للاقتيات (**مثل العصفر**) بضم العين المهملة، والفاء، بينهما صاد مهملة ساكنة، صبغ (**والنوى**) للتمر (**والخبط**) بفتحتين ما يُخبط بالعصا من ورق الشجر لعلف الدواب (**والكتم**) بفتحتين، نبت فيه حمرة يخلط بالوسمة ويختضب به للسواد (**وما يشبه ذلك أنه لا بأس بأن يؤخذ من كل صنف منه**) أي مما ذكر في هذا

اثْنَانِ بِوَاحِدٍ. يَداً بِيَدٍ. وَلَا يُؤْخَذُ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ مِنْهُ. اثْنَانِ بِوَاحِدٍ. إِلَى أَجَلٍ فَإِنِ اخْتَلَفَ الصِّنْفَانِ. فَبَانَ اخْتِلَافُهُمَا. فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُمَا اثْنَانِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ وَمَا اشْتُرِيَ مِنْ هٰذِهِ الْأَصْنَافِ كُلِّهَا. فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُبَاعَ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَىٰ. إِذَا قَبَضَ ثَمَنَهُ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِهِ الَّذِي اشْتَرَاهُ مِنْهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَكُلُّ شَيْءٍ يَنْتَفِعُ بِهِ النَّاسُ مِنَ الْأَصْنَافِ كُلِّهَا. وَإِنْ كَانَتِ الْحَصْبَاءَ وَالْقَصَّةَ. فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمِثْلَيْه ....

القول **(اثنان بواحد)** لعدم الادخار للقوت **(يداً بيد)** لاتحاد الجنس.

(ولا يؤخذ من صنف منه واحد) بالجر صفة لصنف **(اثنان بواحد إلى أجل)** توضيح لما فهم من قوله: يداً بيد **(فإن اختلف الصنفان)** مما ذكر **(فبان اختلافهما)** بياناً واضحاً **(فلا بأس بأن يؤخذ منهما)** أي من البدلين **(اثنان بواحد إلى أجل)** أيضاً لاختلاف الجنس.

(وما اشتري من هذه الأصناف كلها فلا بأس بأن يباع قبل أن يستوفى إذا قبض ثمنه) من المشتري الثاني **(من غير صاحبه)** متعلق بيباع أي يبيعه بيد غير **(الذي اشتراه منه)** وهذه المسألة نظير المسألة المتقدمة، أعادها بالأمثلة الجديدة توضيحاً.

(قال مالك) ذكر ضابطةً بعد الأمثلة، فقال: **(وكل شيء ينتفع به الناس)** فيبيعونه ويشترونه **(من الأصناف كلها)** ما لم يكن مدّخراً للقوت وثمناً **(وإن كانت)** وصلية **(الحصباء)** ـ بالمد ـ صغار الحصى ينتفع بها في فرش المسجد وغيره والعمارة **(والقَصَّة)** بفتح القاف والصاد المهملة الجص على ما في النسخ المصرية[1]، وفي الهندية بدلها القصبة بالصاد المهملة، فالموحدة **(فكل واحد منهما)** لا يجوز بيعه **(بمثليه)** تثنية مثل، أي متفاضلاً لاتحاد الجنس، فإن باعه

---

(١) انظر: «الاستذكار» (٢٠/ ١٦٩).

إِلَى أَجَلٍ. فَهُوَ رِباً. وَوَاحِدٌ مِنْهُمَا بِمِثْلِهِ. وَزِيَادَةُ شَيْءٍ مِنَ الأَشْيَاءَ إِلَى أَجَلٍ. فَهُوَ رِباً.

(٣٣) باب النهي عن بيعتين في بيعة

بمثليه **(إلى أجل فهو ربا و)** كذلك **(واحد منهما بمثله)** بالإفراد **(وزيادة شيء)** آخر **(من الأشياء إلى أجل فهو)** أيضاً **(رباً)** لاتحاد الجنس، فإن كان نقداً يجوز لعدم الادّخار للقوت.

قال الباجي(١): يريد أن ما كان من جنس واحد يحرم فيه التفاضل إلى أجل، وإن كان ذلك الفضل من غير ذلك، وربما كان منفعة أو عملاً، فإنه لا يجوز ذلك فيه، انتهى.

وهذا كله مبنيٌّ على أن علتي الربا عند الإمام مالك الادّخار للقوت، واتحاد الجنس بالمنافع المقصودة.

(٣٣) النهي عن بيعتين في بيعة

بكسر الباء نظراً للهيئة، وبفتحها نظراً للمرات، كقولك: بعتك هذا الثوب نقداً بدينار ونسيئة بدينارين، وقيل: أن يبيعه شيئاً على أن يشتري منه آخر، كذا في «المحلى».

وفي «المنتقى»(٢): قال الفقهاء: معنى بيعتين في بيعة أن يتناول عقد البيع بيعتين على أن لا تتم منهما إلا واحدة مع لزوم العقد، فهذا هو معنى بيعتين في بيعة مثل أن يتبايعا هذا الثوب بدينار، وهذا الآخر بدينارين على أن يختار أحدهما أيّ ذلك شاء، وقد لزمهما ذلك، أو لزم أحدهما، فهذا يوصف بأنه بيعتان؛ لأنه عقد بيعة في الثوب الذي بالدينارين، وبيعة أخرى في الثوب الذي

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٣٦).

(٢) (٥/ ٣٦).

....

بالدينار، ولم تجمعهما صفقة؛ لأنه لا يتم البيع فيهما، ويوصف بأنه في بيعة؛ لأنه إحدى البيعتين، فمثل هذا لا يجوز، سواء كان ذلك بنقد واحد أو نقدين مختلفين، خلافاً لعبد العزيز بن أبي سلمة في تجويزه ذلك بالنقد الواحد، انتهى.

وحكى الزرقاني[(١)] عن الباجي معناه أنه يتناول عقد البيع بيعتين على أنه لا يتم منهما إلا واحدة، مع لزوم العقد، كثوب بدينار وآخر بدينارين، يختار أيهما شاء، وقد لزمهما ذلك أو لزم أحدهما، فهذا لا يجوز، كان أحدهما بنقد واحد أو بنقدين مختلفين.

قال مالك: ومعنى الفساد فيه أن يقدر أنه أخذ أحدهما بدينار، ثم تركه، وأخذ الثاني بدينارين، فصار إلى أن باع ثوباً وديناراً بثوبين ودينارين، وأما إن كان بثمن واحد مثل أن يبيع أحد هذين الثوبين يختار أيهما شاء، وقد ألزمهما ذلك أو لزم أحدهما، فيجوز، انتهى.

وقال الخرقي: إن قال: بعتك بكذا على أن آخذ منك الدينار بكذا لم ينعقد البيع، وكذلك إن باعه بذهب على أن يأخذ منه دراهم بصرف ذكراه، قال الموفق[(٢)]: إن البيع بهذه الصفة باطل؛ لأنه شرط في العقد أن يصارفه بالثمن الذي وقع العقد به، والمصارفة عقد بيع، فيكون بيعتان في بيعة، قال أحمد: هذا معناه، وقد ورد النهي عنه في روايات، وهكذا كل ما كان في معنى هذا، مثل أن يقول: بعتك داري هذه على أن أبيعك داري الأخرى بكذا، أو على أن تبيعني دارك، أو على أن أوجرك، أو على تؤجرني كذا، أو على أن تزوجني ابنتك، أو على أن أزوجك ابنتي، ونحو هذا، فهذا كله لا يصح.

---

(١) «شرح الزرقاني« (٣/ ٣١٠).

(٢) «المغني» (٦/ ٣٣٢).

١٣٦٨/ ٧٢ ـ **حدّثني** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَىٰ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ.

وقال ابن مسعود: الصفقتان في صفقة رباً، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور العلماء، وجَوَّزه مالك، وقال: لا ألتفت إلى اللفظ الفاسد، إذا كان معلوماً حلالاً، فكأنه باع السلعة بالدراهم التي ذكر أنه يأخذها بالدنانير، انتهى.

قال الباجي: قال عيسى: سألت ابن القاسم عن تفسير بيعتين في بيعة، فقال: هو أكثر من أن يبلغ ذلك بتفسير، وأصل يبنى عليه ومما يعرف به مكروههما أن يتبايعا بأمرين، إن فسخت أحدهما في الآخر كان حراماً، وإن فسخت أحدهما في الآخر كان غرراً، انتهى.

١٣٦٨/ ٧٢ ـ (**مالك أنه بلغه أن رسول الله ﷺ**) وصله الترمذي[١]، وقال: حسن صحيح، والنسائي[٢] عن أبي هريرة، قال ابن رشد[٣]: روي من حديث ابن عمر وابن مسعود، وأبي هريرة. قال أبو عمر[٤]: وكلها من نقل العدول، انتهى (**نهى عن بيعتين في بيعة**) قال الزرقاني[٥]: بفتح الموحدة، كما ضبطه غير واحد، وظاهره أنه الرواية، ويجوز كسرها على إرادة الهيئة، وقيل: إنه الأحسن، انتهى. وقال الباجي: محمول على ظاهره من التحريم، انتهى.

قلت: وقد ورد بلفظ «نهى عن صفقتين في صفقة» رواه أحمد والعقيلي

---

(١) «سنن الترمذي» (٣/ ٥٣٣).

(٢) «سنن النسائي» (٤٦٣٢).

(٣) «بداية المجتهد» (٢/ ١٥٣).

(٤) انظر: «الاستذكار» (٢٠/ ١٧١).

(٥) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣١١).

١٣٦٩/ ٧٣ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلاً قَالَ لِرَجُلٍ: ابْتَعْ لِي هٰذَا الْبَعِيرَ بِنَقْدٍ. حَتَّى أَبْتَاعَهُ مِنْكَ إِلَى أَجَلٍ. فَسُئِلَ عَنْ ذٰلِكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ. فَكَرِهَهُ وَنَهَىٰ عَنْهُ.

والبزار والطبراني في «الأوسط» من حديث ابن مسعود، وأخرجه أبو عبيد وابن حبان والطبراني والعقيلي عن ابن مسعود موقوفاً، قال العقيلي: وهو أصح، كذا في «الدراية»، وفي «المحلى»: النهي عن صفقتين في صفقة، أَعَمُّ من حديث الباب، فإنه يفهم منه النهي عن شرط الاستخدام في بيع العبد، والسكنى في بيع الدار، كذا استدل به صاحب «الهداية».

١٣٦٩/ ٧٣ ـ **(مالك أنه بلغه أن رجلاً قال لرجل)** آخر **(ابتع)** اشتر **(لي هذا البعير)** مثلاً **(بنقدٍ حتى أبتاعه منك)** بعد ذلك بأزيد من الثمن الذي اشتريته به **(إلى أجلٍ)** أي نسيئةً **(فسُئِل)** ببناء المجهول **(عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه)** أي كره ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ هذا البيع **(ونهى عنه)**.

قال الباجي[١]: أدخله في باب بيعتين في بيعة، ولا يمتنع أن يوصف بذلك من جهة أنه انعقد بينهما أن المبتاع للبعير بالنقد إنما يشتريه على أنه قد لزم مبتاعه بأجل بأكثر من ذلك الثمن، فصار قد انعقد بينهما عقد بيع تَضَمَّنَ بيعتين، إحداهما: الأولى، وهي بالنقد، والثانية: المؤجلة، وفيها مع ذلك بيع ما ليس عنده؛ لأن المبتاع بالنقد قد باع من المبتاع بالأجل البعير قبل أن يملكه، وفيها سلف بزيادة؛ لأنه يبتاع له البعير بعشرة على أنه يبيعه منه العشرين إلى أجل، يتضمن ذلك أنه سلفه عشرة في عشرين إلى أجل، وهذه كلها معان تمنع جواز البيع، والعينة فيها أظهر من سائرها، انتهى.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٣٨).

١٣٧٠/ ٧٤ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى سِلْعَةً بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ نَقْداً. أَوْ بِخَمْسَةَ عَشَرَ دِينَاراً إِلَى أَجَلٍ. فَكَرِهَ ذٰلِكَ وَنَهَىٰ عَنْهُ.

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ ابْتَاعَ سِلْعَةً مِنْ رَجُلٍ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ نَقْداً.

١٣٧٠/ ٧٤ ـ (**مالك أنه بلغه أن القاسم بن محمد**) بن أبي بكر (**سئل**) ببناء المجهول (**عن رجل اشترى سلعة بعشرة دنانير نقداً أو بخمسة عشر ديناراً إلى أجل**) يعني بالتردد بين الثمنين (**فكره ذلك ونهى عنه**) وهذا هو المعروف في معنى بيعتين في بيعة، قال أبو عبيد: ومعنى صفقتان في صفقة أن يقول الرجل للرجل: أبيعك هذا نقداً بكذا ونسيئةً بكذا، ويفترقان عليه، كذا في «نصب الراية»[١].

قال الموفق[٢]: وقد رُوي في تفسير «بيعتين في بيعة» وجهٌ آخر، وهو أن يقول: بعتك هذا العبد بعشرة نقداً أو بخمسة عشر نسيئةً، أو بعشرة مكسَّرة أو تسعة صحاحاً، هكذا فسره مالك والثوري وإسحاق، وهو أيضاً باطل، وهو قول الجمهور؛ لأنه لم يجزم له ببيع واحد، فأشبه ما لو قال: بعتك هذا أو هذا، ولأن الثمن مجهول، فلم يصح، ولأن أحد العوضين غير معين فلم يصح، كما لو قال: بعتك أحد عبيدي، وقد روي عن طاووس والحكم وحماد أنهم قالوا: لا بأس أن يقول: أبيعك بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا، فيذهبُ على أحدِهما، وهذا محمول على أنه جرى بينهما بعد ما يجري في العقد، فكأن المشتري قال: أنا آخذه بالنسيئة بكذا، فقال: خذه أو قد رضيت ونحو ذلك، فيكون عقداً كافياً، انتهى.

(**قال مالك في رجل ابتاع سلعة من رجل**) آخر (**بعشرة دنانير نقداً**

---

(١) (٤/ ٢٠).

(٢) «المغني» (٦/ ٣٣٣).

أَوْ بِخَمْسَةَ عَشَرَ دِينَاراً إِلَى أَجَلٍ. قَدْ وَجَبَتْ لِلْمُشْتَرِي بِأَحَدِ الثَّمَنَيْنِ: إِنَّهُ لَا يَنْبَغِي ذٰلِكَ. لِأَنَّهُ إِنْ أَخَّرَ الْعَشَرَةَ كَانَتْ خَمْسَةَ عَشَرَ إِلَى أَجَلٍ. وَإِنْ نَقَدَ الْعَشَرَةَ كَانَ إِنَّمَا اشْتَرَى بِهَا الْخَمْسَةَ عَشَرَ الَّتِي إِلَى أَجَلٍ.

أو بخمسة عشر ديناراً إلى أجل) يعني بالتردد بينهما حال كون السلعة **(قد وجبت للمشتري بأحد الثمنين)** ولم يقع التعيين.

(فقال مالك: إنه لا ينبغي ذلك) أي لا يجوز هذا البيع **(لأنه)** دليل عدم الجواز **(إن أَخَّرَ العشرة)** يعني لم ينقدها **(كانت)** أي صارت العشرة **(خمسة عشر إلى أجل)** لأن القيمة في النسيئة كانت خمسة عشر، وهذا لم ينقد العشرة، فكأنه اشترى العشرة بخمسة عشر نسيئة **(وإن)** كان **(نقد العشرة)** في الحال **(كان)** الناقد كأنه **(إنما اشترى بها)** أي بالعشرة **(الخمسة عشر التي)** كانت **(إلى أجل)**.

قال الباجي[1]: وهذا على ما قاله: إنه إذا اختلف الثمنان واختلف البيعتان بالنقد والتأجيل فقد وضح أنهما بيعتان تضمنتهما بيعة، وذلك يمنع صحة العقد. وفسر ذلك مالك بأن من له الخيار منهما إن أنفذ البيع بعشرة نقداً، فقد أخذ ذلك بخمسة عشر مؤجلة يتركها، وإن أنفذ البيع بخمسة عشر مؤجلة، فقد أخذها بعشرة نقداً تركها ولا يجوز ذلك، وهذا إنما هو من باب الذريعة لتجويز أن يكون الذي له الخيار قد اختار أولاً إنفاذ ذلك العقد بأحد الثمنين، ثم بداله فلم يظهر ذلك، وعدل إلى الآخر، وهذا مما لا يكاد أن يسلم منه مع الترجيح في أفضل الأمرين، وحاجتهما إليهما أو إلى أحدهما، انتهى.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٣٩).

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ سِلْعَةً بِدِينَارٍ، نَقْداً. أَوْ بِشَاةٍ مَوْصُوفَةٍ، إِلَى أَجَلٍ. قَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ بِأَحَدِ الثَّمَنَيْنِ: إِنَّ ذٰلِكَ مَكْرُوهٌ لَا يَنْبَغِي. لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَدْ نَهَىٰ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ. وَهٰذَا مِنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ.

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ قَالَ لِرَجُلٍ: أَشْتَرِي مِنْكَ هٰذِهِ الْعَجْوَةَ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعاً، أَوِ الصَّيْحَانِيَّ عَشَرَةَ أَصْوُعٍ. أَوِ الْحِنْطَةَ الْمَحْمُولَةَ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعاً. أَوِ الشَّامِيَّةَ عَشَرَةَ أَصْوُعٍ بِدِينَارٍ. قَدْ وَجَبَتْ لِي إِحْدَاهُمَا: إِنَّ ذٰلِكَ مَكْرُوهٌ لَا يَحِلُّ. وَذٰلِكَ أَنَّهُ قَدْ أَوْجَبَ لَهُ عَشَرَةَ أَصْوُعٍ صَيْحَانِيًّا. فَهَوَ يَدَعُهَا وَيَأْخُذُ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعاً مِنَ الْعَجْوَةِ. ....

(قال مالك في رجل اشترى من رجل سلعة بدينار نقداً أو بشاة موصوفة إلى أجل) يعني لم تكن الشاة نقداً، بل تكون نسيئة حال كونه **(قد وجب عليه البيع)** أي لزمه **(بأحد الثمنين)** من الدينار نقداً أو الشاة نسيئة **(إن ذلك)** البيع بالتردد في الثمن **(مكروهٌ لا ينبغي)** أي لا يجوز **(لأن رسول الله ﷺ قد نهى عن بيعتين في بيعة وهذا)** البيع **(من)** جملة **(بيعتين في بيعة)** بداهة، فيمنع.

(قال مالك في رجل قال لرجل: أشتري منك هذه العجوة) نوع من التمر. معروف **(خمسة عشر صاعاً)** مثلاً **(أو الصيحانيّ)** نوع آخر من التمر أجود **(عشرة أصوع)** جمع صاع، يعني بدينار **(أو)** قال: أشتري منك **(الحنطة المحمولة)** قال المجد: المحمولة حنطة غبراء كثيرة الحب **(خمسة عشر صاعاً أو الشامية)** وهي أجود من المحمولة **(عشرة آصع بدينار)** والحال أنه **(قد وجبت)** أي لزمت **(لي إحداهما)** أي إحدى البيعتين من نوعي التمر في المثال الأول وإحدى الحنطتين في المثال الثاني، فقال مالك: **(إن ذلك)** البيع **(مكروه لا يحلّ وذلك)** أي سبب الكراهة **(أنه كأنه قد أوجب له عشرة آصع صيحانيًا)** إذا اختارها **(فهو)** بعد ذلك **(يدعها)** أي يترك العشرة **(ويأخذ)** بدلها **(خمسة عشر صاعاً من العجوة)** لأن من

أَوْ تَجِبُ عَلَيْهِ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعاً مِنَ الْحِنْطَةِ الْمَحْمُولَةِ. فَيَدَعُهَا وَيَأْخُذُ عَشَرَةَ أَصْوُعٍ مِنَ الشَّامِيَّةِ. فَهٰذَا أَيْضاً مَكْرُوهٌ لَا يَحِلُّ. وَهُوَ أَيْضاً يُشْبِهُ مَا نُهِيَ عَنْهُ مِنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ. وَهُوَ أَيْضاً مِما نُهِيَ عَنْهُ أَنْ يُبَاعَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ مِنَ الطَّعَامِ. اثْنَانِ بِوَاحِدٍ.

خُيِّرَ بين الأمرين يُعَدُّ منتقلاً عند المالكية، كما تقدم في القول السابق.

(أو يجب له) يعني في المثال الثاني **(خمسة عشر صاعاً من الحنطة المحمولة)** في الاختيار الأول **(فيدعها)** ويتركها **(ويأخذ)** بدلها **(عشرة أصوع من الشامية)** فكأنه باع خمسة عشر من الحنطة بدل العشرة لجواز أنه اختار إحداهما أولاً، ثم الأخرى ثانياً **(فهذا)** أيضاً **(مكروه لا يحل وهو)** أي البيع المذكور في المثالين **(أيضاً يشبه ما نهي عنه من بيعتين في بيعة وهو أيضاً)** يعني في هذا البيع المذكور وجه آخر لعدم الجواز، وهو أنه **(مما نهي عنه)** أي من جملة المنهي عنه من **(أن يباع من صنف واحد من الطعام)** متفاضلاً بأن يباع **(اثنان)** منه **(بواحد)** لأن المخير لما كان عند مالك منتقلاً، فكأنه باع إحدى النوعين من الحنطة بالأخرى، وأحد النوعين من التمر بالآخر، قال الباجي[1]: يعني لما كان أحد التمرين صيحانياً وعشرة أصوع، والآخر عجوة وخمسة عشر صاعاً دخله الفساد من وجهين: من جهة القدر المقصود ومن جهة الجنس، انتهى.

قال ابن رشد في «البداية»[2]: اتفق الفقهاء على القول بموجب حديث النهي عن بيعتين في بيعة، واختلفوا في التفصيل أعني في الصورة التي ينطلق عليها هذا الاسم من التي لا ينطلق عليها، واتفقوا أيضاً على بعضها، وذلك يتصور على وجوه ثلاثة، في مثمونين بثمنين، أو في مثمون واحد بثمنين، أو في مثمونين بثمن واحد؛ على أن أحد البيعين قد لزم.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٤٠).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/ ١٥٣، ١٥٤).

....

أما في مثمونين بثمنين، فإن ذلك يتصور على وجهين، أحدهما: أن يقول له: أبيعك هذه السلعة بثمن كذا على أن تبيعني هذه الدار بثمن كذا، والثاني: أن يقول له: أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين، وأما بيع مثمون واحد بثمنين، فإن ذلك يتصور أيضاً على وجهين: أحدهما: أن يكون أحد الثمنين نقداً والآخر نسيئة، والثاني: أن يقول له: أبيعك هذا الثوب نقداً بثمن كذا على أن أشتريه منك إلى أجل كذا بثمن كذا، وأما مثمونان بثمن واحد، فمثل أن يقول له: أبيعك أحد هذين بثمن كذا.

فأما الوجه الأول، وهو أن يقول: أبيعك هذه الدار بكذا على أن تبيعني هذا الغلام بكذا، فنصّ الشافعي على أنه لا يجوز؛ لأن الثمن في كليهما يكون مجهولاً؛ لأنه لو أفرد المبيعين لم يتفقا في كل واحد منهما على الثمن الذي اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد، وأصل الشافعي في رد بيعتين في بيعة إنما هو جهل الثمن أو المثمون.

وأما الوجه الثاني، وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين على أن البيع قد لزم في أحدهما، فلا يجوز عند الجميع، وخالف فيه عبد العزيز بن أبي سلمة، فأجازه، وعلة المنع عند الجميع الجهل، وعند مالك من باب سد الذرائع؛ لأنه ممكن أن يختار في نفسه أحد الثوبين، فيكون قد باع ثوباً وديناراً بثوب ودينار.

وأما الوجه الثالث، وهو أن يقول: أبيعك هذا الثوب نقداً بكذا أو نسيئة بكذا، فهذا إذا كان البيع فيه واجباً، فلا خلاف في أنه لا يجوز، وأما إذا لم يكن البيع لازماً في أحدهما، فأجازه مالك، ومنعه أبو حنيفة والشافعي؛ لأنهما افترقا على ثمن غير معلوم، وجعله مالك من باب الخيار، فعلة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعي، وأبي حنيفة من جهة جهل الثمن، وعلة امتناعه عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا لإمكان أن يكون الذي له الخيار قد اختار

(٣٤) باب بيع الغرر

أولاً إنفاذ العقد بأحد الثمنين المؤجل أو المعجل، ثم بداله، ولم يظهر ذلك، فيكون قد ترك أحد الثمنين للثمن الثاني، فكأنه باع أحد الثمنين بالثاني، فيدخله ثمن بثمن نسيئة أو نسيئة ومتفاضلاً.

وأما إذا قال: أشتري منك هذا الثوب نقداً بكذا على أن تبيعه مني إلى أجل، فهو عندهم لا يجوز بإجماع؛ لأنه من باب العينة، ويدخله أيضاً علة جهل الثمن، وأما إذا قال: أبيعك أحد هذين الثوبين بدينار، وقد لزمه أحدهما أيهما اختار، وافترقا قبل الخيار، فإن كان الثوبان من صنفين وهما مما يجوز أن يسلم أحدهما في الثاني، فإنه لا خلاف بين مالك والشافعي، في أنه لا يجوز، وقال عبد العزيز بن أبي سلمة: يجوز، وعلة المنع الجهل والغرر.

وأما إذا كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك، ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي، وأما مالك فإنه أجازه؛ لأنه يجيز الخيار بعد عقد المبيع في الأصناف المستوية لقلّة الغرر عنده في ذلك، وأما من لا يجيزه، فيعتبره بالغرر الذي لا يجوز؛ لأنهما افترقا على بيع غير معلوم.

(٣٤) بيع الغرر

قال صاحب «المجمع»[١]: هو ما كان له ظاهرٌ يَغُرُّ المشتري، وباطنٌ مجهول؛ الأزهري: هو ما كان على غير عهدةٍ ولا ثقةٍ، ويدخل فيه بيوع لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول، وهو يتناول بيع الآبق والمعدوم والمجهول وغير مقدور التسليم وحبل الحبلة والملامسة والمنابذة، وأفردت بعضها لكونه من مشاهير بيوع الجاهلية، وقد يحتمل الجهل ضرورةً كجهل أساس الدار المبيعة وبحشو الجُبَّةِ، وقد يحتمل تبعاً كدخول الحمام مع اختلافهم في صبّ الماء والشرب من السقاء، انتهى.

(١) «مجمع بحار الأنوار» (٤/ ٢٤).

١٣٧١/ ٧٥ ـ **حدّثني** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ أَبِي حَازِمِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ؛ ....

وقال الباجي[1]: هو ما كثر فيه الغرر، وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر، فهذا الذي لا خلاف في المنع منه، وأما يسير الغرر، فإنه لا يؤثر في فساد عقد بيع فإنه لا يكاد يخلو عقد منه، وإنما يختلف العلماء في فساد أعيان العقود لاختلافهما فيما فيه من الغرر، وهل هو من حيز الكثير الذي يمنع الصحة أو من حيز القليل الذي لا يمنعها؟ وإذا ثبت ذلك، فالغرر يتعلق بالمبيع من ثلاثة أوجه، من جهة العقد والعوض والأجل، فأما المبيع والثمن، فأن يكون أحدهما مجهول الصفة حين العقد كشراء الأجِنَّة، واشتراطها، أو أنه غير مقدور التسليم، كالعبد الآبق، والجمل الشارد، والسلم في ثمر حائطه بعينه وما يشبه ذلك.

وقد يكون مقدوراً على التسليم، ويكون الغرر فيه من أجل حاله كالعبد أو غيره من الحيوان لمرض يخاف منه الموت، قال ابن حبيب: هو من الغرر، ويفسخ البيع ما لم يفت بيد المبتاع، فتكون عليه قيمته يوم قبضه.

ومن الجهالة في الثمن أن يبيعه السلعة بقيمتها أو بما يعطى فيها، وأما تعلق الغرر بالأجل فأن يكون مجهولاً أو بعيداً، وكره ابنُ القاسم البيع إلى أجل بعيد، مثل عشرين سنة أو أكثر، ولا يفسخه إلا مثل الثمانين والتسعين، انتهى.

١٣٧١/ ٧٥ ـ **(مالك عن أبي حازم)** سلمة **(بن دينار)** التمار **(عن سعيد بن المسيب)** مرسلاً باتفاق رواة مالك فيما علمت، ورواه أبو حذافة عن مالك عن نافع عن ابن عمر، وهذا منكر، والصحيح ما في «الموطأ»، ورواه ابن أبي حازم عن أبيه عن سهل بن سعد، وهو خطأ، وليس ابن أبي حازم بحجة إذا

(١) «المنتقى» (٥/ ٤١).

أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِنَ الْغَرَرِ وَالْمُخَاطَرَةِ، ....

خالفه غيره، والحديث محفوظ عن أبي هريرة، ومعلوم أن ابن المسيب من كبار رواته، قاله ابن عبد البر. وقد رواه مسلم[١] من طريق عبيد الله بن عمر عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة.

(أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر) لأنه من أكل أموال الناس بالباطل على تقدير أن لا يحصل المبيع، وقد نبَّه ﷺ على هذه العلة في بيع الثمار قبل بدو الصلاح، بقوله: أرأيت إن منع الله الثمر فبم يأكل أحدكم مال أخيه؟ قاله المازري.

وقيل: علته ما يؤدي إليه من التنازع بين المتبايعين، ورُدَّ بأن كثيراً من صور بيع الغرر عُرِي من التنازع كبيع الآبق، وقيل: علته عجز البائع عن التسليم، وهو ما أشار إليه المازري من ذهاب المال باطلاً، قال المازري: أجمعوا على فساد بيع الغرر كجنين، والطير في الهواء، والسمك في الماء، وعلى صحة بعضها، كبيع الجبة المحشوة، والشرب من فم السقاء مع اختلاف الشرب.

واختلفوا في بعضها، فوجب أن يفهم أنهم منعوا ما أجمعوا على منعه لقوة الغرر، وكونه مقصوداً، وإنما أجازوا ما أجمعوا على جوازه ليسارته مع أنه لم يقصد، وتدعو الضرورة إلى العفو عنه، وإذا ثبت ما استنبطناه من هذين الأصلين وجب رد المسائل المختلف فيها بين فقهاء الأمصار إليها، فالمجيز رأى الغرر قليلاً لم يقصد، والمانع رآه كثيراً مقصوداً[٢].

(قال مالك: ومن الغرر والمخاطرة) عطف تفسير، يعني الغرر في هذه

---

(١) أخرجه مسلم في «البيوع» (١٣/ ٥١)، وانظر «التمهيد» (٢١/ ١٣٤، ١٣٥).

(٢) انظر: «شرح الزرقاني» (٣/ ٣١٣).

أَنْ يَعْمِدَ الرَّجُلُ قَدْ ضَلَّتْ دَابَّتُهُ، أَوْ أَبَقَ غُلاَمُهُ. وَثَمَنُ الشَّيْءِ مِنْ ذٰلِكَ خَمْسُونَ دِيناراً. فَيَقُولُ رَجُلٌ: أَنَا آخُذُهُ مِنْكَ بِعِشْرِينَ دِيناراً. فَإِنْ وَجَدَهُ الْمُبْتَاعُ، ذَهَبَ مِنَ الْبَائِعِ ثَلَاثُونَ دِيناراً. وَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ، ذَهَبَ الْبَائِعُ مِنَ الْمُبْتَاعِ بِعِشْرِينَ دِينَاراً.

قَالَ مَالِكٌ: وَفِي ذٰلِكَ عَيْبٌ آخَرُ. إِنَّ تِلْكَ الضَّالَّةَ إِنْ وُجِدَتْ لَمْ يُدْرَ أَزَادَتْ أَمْ نَقَصَتْ. أَمْ مَا حَدَثَ بِهَا مِنَ الْعُيُوبِ. فَهٰذَا أَعْظَمُ الْمُخَاطَرَةِ.

الصورة كونها مخاطرة وقماراً دائراً بين النفع والضرر **(أن يعمد)** بكسر الميم أي يقصد **(الرجل)** حال كونه **(قد ضلت دابته أو أبق غلامه وثمن الشيء من ذلك)** المذكور من الدابة والغلام **(خمسون ديناراً)** مثلاً **(فيقول رجل)** أراد شراءه **(أنا آخذه منك)** أي أشتري الدابة أو الغلام **(بعشرين ديناراً)** فإذا اشتراه في العشرين **(فإن وجده)** أي الضالّة أو الآبق **(المبتاع)** المشتري **(ذهب)** ضاع **(من البائع ثلاثون ديناراً)** لأن قيمته كان خمسين، وفي النسخ الهندية «ذهب من البائع بثلاثين ديناراً» يعني كان المشتري أخذ من البائع ثلاثين **(وإن لم يجده)** المشتري **(ذهب البائع)** أي أخذ **(من المبتاع بعشرين ديناراً)** فدار بين النفع والضرر.

(قال مالك) وليس هذا اللفظ في بعض النسخ المصرية، والكلام الآتي ملحق بما سبق **(وفي ذلك)** البيع المذكور **(أيضاً عيب آخر)** وهو **(إن تلك الضالّة)** والآبق في المثالين المذكورين **(إن وجدت)** ببناء المجهول وكذا قوله **(لم يُدْر)** أي لم يُعْلم **(أَزَادَتْ)** على حالها التي كانت عليها أولا عند البيع **(أم نقصَتْ)** عنها **(أم مَا حدث بها)** بعد الغيبة **(من العيوب)** الأخرى بيان لما، فهل بقي الآن على قيمة خمسين ديناراً أم لا **(فهذا أعظم المخاطرة)** فإن فيه مع تعذر التسليم جهالة الثمن في الحال، وأيضاً لم يدر أم هو موجود وحي في الحال أو قد مات، فإن مات فلم يبق المبيع.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا، أَنَّ مِنَ الْمُخَاطَرَةِ وَالْغَرَرِ اشْتِرَاءَ مَا فِي بُطُونِ الْإِنَاثِ. مِنَ النِّسَاءِ وَالدَّوَابِّ. لِأَنَّهُ لَا يُدْرَى أَيَخْرُجُ أَمْ لَا يَخْرُجُ. فَإِنْ خَرَجَ لَمْ يُدْرَ أَيَكُونُ حَسَناً أَمْ قَبِيحاً. أَمْ تَامًّا أَمْ نَاقِصاً. أَمْ ذَكَراً أَمْ أُنْثَىٰ. وَذٰلِكَ كُلُّهُ يَتَفَاضَلُ. إِنْ كَانَ عَلَى كَذَا. فَقِيمَتُهُ كَذَا. وَإِنْ كَانَ عَلَى كَذَا، فَقِيمَتُهُ كَذَا.

(قال مالك: والأمر عندنا أن من المخاطرة والغرر) أيضاً **(اشتراء)** الرجل **(ما في بطون الإناث)** مفعول مصدر مضاف إليه **(من النساء)** أي الإماء بيان لما **(والدواب)** جمع دابة، وفي حكمهما غيرهما من الحيوان **(لأنه لا يدرى)** أي لا يعلم **(أيخرج)** من البطن شيء **(أم لا يخرج)** بل يكون ما في البطن مرض غير الجنين **(فإن خرج)** فأيضاً **(لم يدر أيكون)** ذلك الخارج **(حسناً أم قبيحاً)** وبالحسن والقبح تتفاوت القيمة تفاوتاً فاحشاً، لا سيما في النساء وأيضاً لم يدر **(أم)** يكون الخارج **(تاماً)** أي تام الخلقة **(أم ناقصاً)** وكذلك لم يدر **(أم)** يكون **(ذكراً أم أنثى وذلك)** الاختلاف المذكور **(كله يتفاضل)** باعتبار القيمة؛ لأنه دليل للتفاضل في القيمة.

(إن كان) الخارج **(على كذا)** أي تام الخلقة مثلاً **(فقيمته كذا)** أي مائة مثلاً **(وإن كان على)** صفة **(كذا)** أي ناقص الخلقة مثلاً **(فقيمته كذا)** أي عشرون مثلاً أو أقل منه أيضاً، فإن ما في بطن المرأة إن كانت جارية تامة الخلقة جميلة رائقة فقيمتها مائة أو أكثر، وإن كانت جارية ناقصة الخلقة، ساقطة الأعضاء، قبيحة المنظر، شهيقة، كريهة المنظر، فلا تكون قيمتها عشرين أيضاً.

قال الباجي[(١)]: والأصل في ذلك «نهى النبي ﷺ عن المضامين والملاقيح»، قال جماعة من أصحابنا: المضامين ما في بطون الإناث،

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٤٢).

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَنْبَغِي بَيْعُ الْإِنَاثِ وَاسْتِثْنَاءُ مَا فِي بُطُونِهَا. وَذٰلِكَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ: ثَمَنُ شَاتِي الْغَزِيرَةِ ثَلَاثَةُ دَنَانِيرَ. فَهِيَ لَكَ بِدِينَارَيْنِ. وَلِي مَا فِي بَطْنِهَا. فَهٰذَا مَكْرُوهٌ. لِأَنَّهُ غَرَرٌ وَمُخَاطَرَةٌ.

والملاقيح ما في ظهور الذكور، وقال ابن حبيب: المضامين ما في ظهور الفحول، والملاقيح ما في بطون الإناث، ووجهه من جهة المعنى ما احتجّ به من أنه مجهول الصفة متعذر التسليم، وأحد الأمرين يُفْسِد العقد، وإفسادهما إذا اجتمعا أوكد، انتهى.

(قال مالك: ولا ينبغي) أي لا يجوز **(بيع الإناث واستثناء ما في بطونها، وذلك)** أي مثال الاستثناء **(أن يقول الرجل)** البائع **(للرجل)** المشتري مثلاً **(ثمن شاتي الغزيرة)** بالغين والزاي المعجمتين أي كثيرة اللبن صفة لشاة **(ثلاثة دنانير)** مثلاً **(فهي)** الشاة **(لك بدينارين)** ونقص الدينار من قيمتها لاستثناء ما في بطنها، فقال: **(ولي ما في بطنها)** من الجنين **(فهذا)** البيع **(مكروه)**[1] أيضاً **(لأنه غرر ومخاطرة)** قال الباجي: أما على قولنا: إن المستثنى من المبيع مبيع معه، ثم يخرج بالاستثناء من جملته، فظاهرٌ؛ لأنه مجهول الصفة، فإذا تناوله البيع فسد البيع.

وقال الزرقاني[2]: وأما على أنه مبقى، فلأن الجملة المرئية، إذا استثني منها مجهول متناهي الجهالة أثر ذلك في باقي الجملة جهالة تمنع صحة العقد، قاله الباجي، انتهى. وتقدم قول مالك بنحو هذا القول المذكور ههنا في أول «كتاب البيوع»، وتقدم هناك البسط في ذلك، وتقدم أيضاً اتفاق الأئمة الأربعة في ذلك إلا ما في رواية لأحمد من جواز ذلك.

---

(١) وفي «شرح الزرقاني» (٣/ ٣١٤) أي حرام.

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣١٤).

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَحِلُّ بَيْعُ الزَّيْتُونِ بِالزَّيْتِ؛ وَلَا الْجُلْجُلَانِ بِدُهْنِ الْجُلْجُلَانِ. وَلَا الزُّبْدِ بِالسَّمْنِ. لِأَنَّ الْمُزَابَنَةَ تَدْخُلُهُ. وَلِأَنَّ الَّذِي يَشْتَرِي الْحَبَّ وَمَا أَشْبَهَهُ، بِشَيْءٍ مُسَمًّى مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهُ، لَا يَدْرِي أَيَخْرُجُ مِنْهُ أَقَلُّ مِنْ ذٰلِكَ، أَوْ أَكْثَرُ. فَهٰذَا غَرَرٌ وَمُخَاطَرَةٌ.

(قال مالك: ولا يحل بيع الزيتون بالزيت) وهو دهن الزيتون **(ولا الجلجلان)** بضم الجيمين بينهما لام ساكنة ثم ألف فنون، السمسم في قشره قبل أن يحصد **(بدهن الجلجلان)** أي لا يجوز بيع السمسم بدهنه **(ولا الزبد بالسمن)** إذ السمن يخرج من الزبد **(لأن المزابنة تدخله)** أي يدخل هذا البيع في أنواع المزابنة، والنهي عن المزابنة معروف.

ثم أوضح وجه النهي بقوله: **(ولأن الذي يشتري الحب وما أشبهه)** أي يشبه الحب في أن يخرج منه شيء من الدهن والعرق **(بشيء)** متعلق بيشتري **(مسمى)** أي معين **(مما يخرج منه لا يدري أيخرج منه)** أي من الحب وغيره **(أقل من ذلك)** المسمى **(أو أكثر)** منه **(فهذا غرر ومخاطرة)**.

قال الباجي[1]: لا يحلّ بيعُ الزيتون بالزيت لما احتجَّ به من أنه من المزابنة. وذلك بيع الشيء مما يخرج منه؛ لأن المقدار الذي يخرج منه مجهول. وهو مما يعتبر فيه التساوي لتحريم الزيادة، وإنما قال؛ لأنه لا يدري أيخرج منه أقل أو أكثر، يريد أنه لا يجوز أن يعطى أحدهما الأكثر مما لا يشك في أنه أكثر لما يأخذ منه، فيخرج بذلك عن المخاطرة؛ لأنه يدخله نوع آخر من الفساد، وهو التفاضل فيما يحرم فيه التفاضل، فلا بد من أن يتحرى التساوي فيهما.

ولا يصح التحري فيه؛ لأنه لا يعلم أيخرج من هذا الزيتون أقل من الزيت الآخر أو أكثر؛ لأن مثل هذا لا يبلغ بتحري الزيتون، انتهى. وفي

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٤٢).

قَالَ مَالِكٌ: وَمِنْ ذٰلِكَ أَيْضاً، اشْتِرَاءُ حَبِّ الْبَانِ بِالسَّلِيخَةِ. فَذٰلِكَ غَرَرٌ. لِأَنَّ الَّذِي يَخْرُجُ مِنْ حَبِّ الْبَانِ، هُوَ السَّلِيخَةُ. ....

«المحلى»: وهو قول الشافعي وأحمد، وقال أبو حنيفة: يجوز إذا كان الزيت أكثر مما في الزيتون والسمسم، انتهى.

وقال الموفق[1]: لا يجوز بيع شيء من مال الربا بأصله الذي فيه منه، كالسمسم بالشيرج، والزيتون بالزيت، وسائر الأدهان بأصولها والعصير بأصله كعصير العنب، والرُمّان، وقصب السكر، لا يباع شيء منها بأصله، وبه قال الشافعي وابن المنذر، وقال أبو ثور: يجوز؛ لأن الأصل مختلف والمعنى مختلف، وقال أبو حنيفة: يجوز إذا علم يقيناً أن ما في الأصل من الدهن والعصير أقل من المنفرد، وإن لم يعلم لم يجز، انتهى.

(قال مالك: ومن ذلك أيضاً) أي في حكم القول السابق **(اشتراء حب البان)** والبان بالموحدة شجرٌ معروفٌ يوجد في الحجاز والحبش وغيرهما كثيراً، وقيل: يقال له في الهندية: بكائن، وفَرَّقَ بعضهم بينهما. **(بالسليخة)** بفتح السين المهملة والخاء المعجمة، دهن ثمر البان **(فذلك)** البيع **(غرر؛ لأن الذي يخرج من حب البان هو السليخة)** فصار بمنزلة الزيت بالزيتون، قال عيسى: السليخة هي عصارة حب البان، وهو الزيت الذي يخرج منه، فمنع حب البان بما يخرج منه، وإن لم يكن مطعوماً، ولا فيما يجري فيه الربا، لما فيه من الغرر عند تقاربهما، وإن كان لا يحرم التفاضل في السليخة وحب البان؛ لأنه يجوز[2] بيع الشيء بما يخرج منه، وإن كانا مما لا يحرم فيه التفاضل، ولذا لا يجوز بيع الكَتّان بالغزل جزافاً أو أحدهما جزافاً، وإن كان يداً بيد، كذا في «المنتقى»[3].

---

(١) «المغني» (٦/ ٩١).

(٢) كذا في الأصل والصواب لا يجوز، ش.

(٣) (٥/ ٤٣).

وَلَا بَأْسَ بِحَبِّ الْبَانِ بِالْبَانِ الْمُطَيَّبِ. لِأَنَّ الْبَانَ الْمُطَيَّبَ قَدْ طُيِّبَ وَنُشَّ وَتَحَوَّلَ عَنْ حَالِ السَّلِيخَةِ.

(**ولا بأس بحبِّ البان**) أي بشرائه (**بالبان المطيَّب؛ لأن البان المطيَّب قد طُيِّبَ**) ببناء المجهول (**ونُشَّ**) بضم النون وبالشين المعجمة، أي خلط، يقال: دهن منشوش أي مخلوط (**وتحوّل عن حال السَّليخة**) أي عن صفتها، فيجوز كلحم طبخ بتابل، فيجوز يداً بيد متساوياً ومتفاضلاً، قاله الزرقاني، قال عيسى بن دينار: النش هو التطييب، جعل النش في البان صنعة يخرج بها عن جنس السليخة التي ليست بمطيبة؛ لأن هذا نهاية الصناعة فيها، كذا في «المنتقى».

قال ابن رشد[١]: اختلفوا فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز، فقال أبو حنيفة: لا بأس ببيع ذلك متماثلاً ومتفاضلاً؛ لأنه خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا، وقال الشافعي: لا يجوز متماثلاً فضلاً عن متفاضل؛ لأنه قد غيرته الصنعة تغيراً جُهِلَتْ به مقاديرُه التي تعتبر فيها المماثلة، فأما مالك فالأشهر في الخبز عنده أنه يجوز متماثلاً، وقد قيل فيه: إنه يجوز فيه التفاضل والتساوي.

وسبب الخلاف، هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله؟ وإن لم تنقله، فهل تمكن فيه المماثلة أم لا؟ فقال أبو حنيفة: تنقله، وقال مالك والشافعي: لا تنقله، واختلفوا في إمكان المماثلة فيهما، وأما إذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة، والآخر قد دخلته الصنعة، فإن مالكاً يرى في كثير منها أن الصنعة تنقله من الجنس، أعني من أن يكون جنساً واحداً، فيجيز فيها التفاضل، وفي بعضها لا يرى ذلك.

وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الانفصال، فاللحم المشويُّ والمطبوخ عنده

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ١٣٨).

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ بَاعَ سِلْعَةً مِنْ رَجُلٍ. عَلَى أَنَّهُ لَا نُقْصَانَ عَلَى الْمُبْتَاعِ: إِنَّ ذٰلِكَ بَيْعٌ غَيْرُ جَائِزٍ وَهُوَ مِنَ الْمُخَاطَرَةِ. وَتَفْسِيرُ ذٰلِكَ: أَنَّهُ كَأَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ بِرِبْحٍ. إِنْ كَانَ فِي تِلْكَ السِّلْعَةِ. وَإِنْ بَاعَ بِرَأْسِ الْمَالِ أَوْ بِنُقْصَانٍ فَلَا شَيْءَ لَهُ. وَذَهَبَ عَنَاؤُهُ بَاطِلاً. فَهٰذَا لَا يَصْلُحُ. وَلِلْمُبْتَاعِ فِي هٰذَا أُجْرَةٌ بِمِقْدَارِ مَا عالَجَ مِنْ ذٰلِكَ. وَمَا كَانَ فِي تِلْكَ السِّلْعَةِ مِنْ نُقْصَانٍ أَوْ رِبْحٍ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ، وَعَلَيْهِ. ....

من جنس واحد، والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان، وقد رام أصحابه التفضيل في ذلك، والظاهر من مذهبه أنه ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله، وقد رام حصرها الباجي في «المنتقى»، انتهى.

(قال مالك في رجل باع سلعة من رجل) أي بيده **(على)** شرط **(أنه لا نقصان على المبتاع)** أي المشتري مثلاً باع زيد ثياباً بيد عمرو بخمسين ديناراً، وقال لعمرو: بعها بما شئت، فما يحصل من الربح فهو لك، وإن وقع في ذلك نقصان، فهو عليَّ، ليس عليك منها شيء **(إن ذلك بيع غير جائز وهو)** البيع بالشرط المذكور **(من المخاطرة)** والغرر.

(وتفسير ذلك) أي توضيح ما ذكر من الصورة **(أنه)** أي زيداً **(كأنه استأجره)** أي عمراً **(بربح)** يحصل في التجارة **(إن كان)** أي وجد وحصل الربح **(في تلك السلعة وإن باع)** عمرو الثياب **(برأس المال)** أي بخمسين ديناراً **(أو)** باعها **(بنقصان)** بأربعين ديناراً مثلاً **(فلا شيء له)** أي لعمرو **(وذهب عناؤه)** بالمد، أي ضاع تعب عمرو في بيع الثياب **(باطلاً)** إذا لم يحصل له شيء.

فالحكم في هذه الصورة ما ذكره بقوله **(فهذا)** الشرط **(لا يصلح)** ولا يجوز **(وللمبتاع)** أي لعمرو **(في هذا)** الذي عمل من بيع الثياب **(أجره)** أي أجرته **(بقدر)** وفي نسخة «بمقدار» **(ما عالج من ذلك)** العمل أي أجرة المثل بقدر المشقة. **(وما كان)** أي حصل **(في تلك السلعة من نقصان أو ربح فهو للبائع)** الأول، أي لزيد في صورة الربح **(وعليه)** أي على زيد في صورة

وَإِنَّمَا يَكُونُ ذٰلِكَ، إِذَا فَاتَتِ السِّلْعَةُ وَبِيعَتْ. فَإِنْ لَمْ تَفُتْ فُسِخَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا.

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا أَنْ يَبِيعَ رَجُلٌ مِنْ رَجُلٍ سِلْعَةً. يَبُتُّ بَيْعَهَا. ثُمَّ يَنْدَمُ الْمُشْتَرِي فَيَقُولُ لِلْبَائِعِ: ضَعْ عَنِّي. فَيَأْبَىٰ الْبَائِعُ. وَيَقُولُ: بِعْ فَلَا نُقْصَانَ عَلَيْكَ فَهٰذَا لَا بَأْسَ بِهِ. لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الْمُخَاطَرَةِ. وَإِنَّمَا هُوَ شَيْءٌ وَضَعَهُ لَهُ. ....

النقصان، وذلك لبقاء السلعة في ملكه لفساد البيع بالغرر، فلم يبق عمرو إلا مجرد الأجير لبيع الثياب. ولما كانت الأجرة مجهولة، فصار له أجر المثل.

(وإنما يكون ذلك) أي أجرة المثل لعمرو، والربح والنقصان لزيد **(إذا فاتت السلعة)** عن يد عمرو بأن **(بيعت)** بيد آخر **(فإن لم تفت)** السلعة بعد **(فسخ البيع بينهما)** قال الباجي[1]: لا يجوز هذا البيع لما ذكره من وجه الغرر؛ لأنه استأجره على بيعه بربح، إن كان فيه، ولا يدري قدره ولا جنسه، وإن لم يكن فيه ربح فلا شيء له، وللمبتاع فيه أجرة، يريد أنه يحمل على ما يؤول إليه أمرهما من الإجارة، فإن فاتت السلعة ببيع المبتاع لها، فللذي باعها منه الثمن كان أقل من قيمتها أو أكثر، وكان للمبتاع أجرة ما حاول من بيعها وغير ذلك من حفظها إن كان له أجرة، انتهى.

(قال مالك: فأما أن يبيع رجل) زيد مثلاً **(من رجل)** أي بيد عمرو مثلاً **(سلعةً يبتُّ)** بتشديد التاء **(بيعها)** أي عقداه على اللزوم والقطع **(ثم يندم المشتري)** أي عمرو **(فيقول للبائع)** أي لزيد: **(ضع)** أمر من الوضع أي أسقط **(عني)** شيئاً من القيمة **(فيأبى البائع)** أي يمتنع زيد عن الوضع **(ويقول)** لعمرو: **(بع)** سلعتك هذه بيد آخر **(فلا نقصان عليك)** يعني ما يكون من النقصان أضعه من القيمة، أي [ما] أعطيتني **(فهذا لا بأس به)** أي جائز **(لأنه ليس من المخاطرة)** لوقوعه بعد قطع البيع **(وإنما هو شيء وضعه له)** أي أسقطه لعمرو

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٤٣).

وَلَيْسَ عَلَى ذٰلِكَ عَقَدَا بَيْعَهُمَا. وَذٰلِكَ الَّذِي عَلَيْهِ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

(٣٥) باب الملامسة والمنابذة

٧٦/١٣٧٢ ـ **حدّثنا** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَىٰ بْنِ حَبَّانَ: وَعَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، ....

تبرعاً من زيد **(وليس على ذلك)** أي على شرط وضع النقصان **(عقدا بيعهما)** بل عقدا البيع على القيمة المعينة، سواء كان فيه الربح لعمرو أو النقصان، وما وعد من الوضع فيه مجرد عِدَةٍ بعد قطع البيع. **(وذلك الذي عليه الأمر عندنا)**.

واختلف قول مالك في القضاء بها، فقال مالك في كتاب ابن المزين: وذلك لازم، ووجهه أنه حمله بما وعده على بيع سلعته، فلزمه ذلك، وقال ابن وهب: ينقصه بحسب ما يشبه من ثمن السلعة إن نقص من ثمنها، وقيل: غير ذلك، كما ذكره الزرقاني[(١)].

قال الباجي[(٢)]: قوله: لا بأس به يريد؛ لأن العقد قد سلم أولاً مما يفسده ابتداء، وقد قال مالك في كتاب ابن مزين: وذلك لازم، ووجه ذلك أنه قد حمله بما غَرَّه على بيع سلعته، فوجب أن يلزمه ما التزم له بذلك، انتهى.

(٣٥) الملامسة والمنابذة

بيعان من بيوع الجاهلية المعروفة بينهم سيأتي تفسيرهما.

٧٦/١٣٧٢ ـ **(مالك عن محمد بن يحيى بن حبان)** بفتح المهملة الموحدة الثقيلة **(وعن أبي الزناد)** عبد الله بن ذكوان كلاهما **(عن الأعرج)** عبد الرحمن بن

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣١٥).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٤٣).

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَىٰ عَنِ الْمُلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ.

أخرجه البخاريّ في: ٣٤ ـ كتاب البيوع، ٦٣ ـ باب بيع المنابذة.

ومسلم في: ٢١ ـ كتاب البيوع، ١ ـ باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة، حديث ١.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْمُلَامَسَةُ أَنْ يَلْمِسَ الرَّجُلُ الثَّوْبَ وَلَا يَنْشُرُهُ. وَلَا يَتَبَيَّنُ مَا فِيهِ. أَوْ يَبْتَاعَهُ لَيْلاً وَلَا يَعْلَمُ مَا فِيهِ. وَالْمُنَابَذَةُ أَنْ يَنْبِذَ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ ثَوْبَهُ. وَيَنْبِذَ الآخَرُ إِلَيْهِ ثَوْبَهُ. عَلَى غَيْرِ تَأَمُّلٍ مِنْهُمَا. وَيَقُولُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: هٰذَا بِهٰذَا. فَهٰذَا الَّذِي نُهِيَ عَنْهُ مِنَ الْمُلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ.

هرمز (**عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الملامسة**) مفاعلة من اللمس (**والمنابذة**) مفاعلة من النبذ بالذال المعجمة.

(**قال مالك: والملامسة أن يلمس**) بضم الميم وكسرها من بابي نصر وضرب أي يمس (**الرجلُ الثوبَ**) بيده (**ولا ينشره**) أي الثوب وفسره بقوله: (**ولا يتبين ما فيه، أو يبتاعه ليلاً ولا يعلم ما فيه، والمنابذة أن ينبذ**) بكسر الموحدة أي يطرح (**الرجل إلى الرجل**) الآخر (**ثوبه وينبذ إليه الآخر ثوبه على غير تأمل منهما**) بنظر ولا نشر (**ويقول كل واحد منهما: هذا بهذا**) على إلزام البيع بغير خيار (**فهذا**) تفسير (**الذي نهي عنه**) في الحديث (**من**) بيع (**الملامسة والمنابذة**) وهذا أحد تفاسيرهما.

وقد رواه البخاري من حديث أبي سعيد «أن رسول الله ﷺ نهى عن المنابذة، وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى رجل قبل أن يقلبه أو ينظر إليه، ونهى عن الملامسة والملامسة لمس الثوب لا ينظر إليه»، قال الحافظ[1]: وفي لباس البخاري بلفظ: والملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو

---

(١) «فتح الباري» (٣٥٩/٤).

....

بالنهار، ولا يقلبه إلا بذلك، والمنابذة أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه، وينبذ الآخر بثوبه، ويكون بيعهما عن غير نظر ولا تراض.

ثم قال بعد ما بسط اختلاف الروايات في تفسيرهما: واختلف العلماء في تفسير الملامسة على ثلاث صور، وهي أوجهٌ للشافعية، **أصحّها**: أن يأتي بثوب مطوي أو في ظلمة، فيلمسه المستام، فيقول له صاحب الثوب: بعتكه بكذا بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك، ولا خيار لك إذا نظرته، وهذا موافق للتفسيرين اللذين في الحديث، **الثاني**: أن يجعلا نفس اللمس بيعاً بغير صيغة زائدة، **الثالث**: أن يجعلا اللمس شرطاً في قطع خيار المجلس وغيره، والبيع على التأويلات كلها باطل.

ومأخذ الأول عدم شرط رؤية المبيع، واشتراط نفي الخيار، ومأخذ الثاني اشتراط نفي الصيغة في عقد المبيع، فيؤخذ منه بطلان بيع المعاطاة مطلقاً، لكن من أجاز المعاطاة قَيَّدها بالمحقرات أو بما جرت فيه العادة بالمعاطاة، وأما الملامسة والمنابذة عند من يستعملهما، فلا يخصّهما بذلك، فعلى هذا يجتمع بيع المعاطاة مع الملامسة والمنابذة في بعض صور المعاطاة، فلمن يجيز بيع المعاطاة أن يخصَّ النهي في بعض صور الملامسة والمنابذة عما جرت العادة فيه بالمعاطاة، وعلى هذا يحمل قول الرافعي إن الأئمة أجروا في بيع الملامسة والمنابذة الخلاف الذي في المعاطاة، ومأخذ الثالث نفي خيار المجلس، وهذه الأقوال هي التي اقتصر عليها الفقهاء، وتخرج مما ذكرناه من طرق الحديث زيادة على ذلك.

وأما المنابذة فاختلفوا فيها أيضاً على ثلاثة أقوال: وهي أوجهٌ للشافعية، **أصحها**: أن يجعلا نفس النبذ بيعاً كما تقدم في الملامسة، وهو الموافق للتفسير في الحديث المذكور، **والثاني**: أن يجعلا النبذ بيعاً بغير صيغة، **والثالث**: أن يجعلا النبذ قاطعاً للخيار، واختلفوا في تفسير النبذ، فقيل: هو

....

طرح الثوب، كما وقع تفسيره في الحديث المذكور، وقيل: هو نبذ الحصاة، والصحيح أنه غيره، وقد روى مسلم النهي عن بيع الحصاة من حديث أبي هريرة.

واختلف في تفسير بيع الحصاة على أقوال، وقوله في الحديث: «لمس الثوب لا ينظر إليه» استدل به على بطلان بيع الغائب، وهو قول الشافعي في الجديد، وعن أبي حنيفة يصح مطلقاً ويثبت الخيار إذا رآه، وحكي عن مالك والشافعي أيضاً، وعن مالك يصحّ إن وصفه وإلا فلا، وهو قول الشافعي في القديم وأحمد وإسحاق وأبي ثور وأهل الظاهر، وفي الاستدلال لذلك وفاقاً وخلافاً طول، انتهى.

قال الباجي[1]: وإنما سمي ملامسة ومنابذة؛ لأنه لاحَظَّ له من النظر والمعرفة لصفاته إلا لمسه، أو أن يكون بيد صاحبه حتى ينبذه إليه، واللمس لا يعرف به المبتاع ما يحتاج إلى معرفته من صفات المبيع الذي يختلف ثمنه باختلافها، ومعنى ذلك أن البيع انعقد على هذا الشرط، أما لو أمكنه البائع من تقليبه والنظر إليه، ولم يشترط عليه الامتناع من ذلك، فاقتنع المبتاع بلمسه، فإنه لا يكون بيع ملامسة، ولا يمنع ذلك صحة العقد، انتهى.

وقال الموفق[2]: ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في فساد هذين البيعين، والملامسة أن يبيعه شيئاً، ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع، والمنابذة أن يقول: أيّ ثوبٍ نبذته إلي فقد اشتريتُه بكذا، هذا ظاهر كلام أحمد، ونحوه قال مالك والأوزاعي.

وفي «الهداية»[3]: لا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة والمنابذة،

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٤٤).

(٢) «المغني» (٦/ ٢٩٧).

(٣) (٢/ ٤٥).

قَالَ مَالِكٌ، فِي السَّاجِ الْمُدْرَجِ فِي جِرَابِهِ. أَوِ الثَّوْبِ الْقُبْطِيِّ الْمُدْرَجِ فِي طَيِّهِ: إِنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُمَا حَتَّى يُنْشَرَا. وَيُنْظَرَ إِلَى مَا فِي أَجْوَافِهِمَا. وَذٰلِكَ أَنَّ بَيْعَهُمَا مِنْ بَيْعِ الْغَرَرِ. وَهُوَ مِنَ الْمُلَامَسَةِ.

وهذه بيوع كانت في الجاهلية، وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة، أي يتساومان. فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاةً لزم البيع، فالأول: بيع الملامسة، والثاني: بيع المنابذة، والثالث: إلقاء الحجر، وقد نهى النبي ﷺ[1] عن بيع الملامسة والمنابذة، ولأن فيه تعليقاً بالخطر، وفي «الحاشية»: أي تعليقاً للتمليك بالخطر، والتمليكات لا تحتمله لأدائه إلى معنى القمار؛ لأنه بمنزلة أن يقول البائع للمشتري: أي ثوب ألقيتَ عليه الحجر، فقد بعتُه، وأيَّ ثوب لمستَه بيدك فقد بعتُه، وأي ثوب نبذتَه إلي فقد اشتريتُه، انتهى.

(قال مالك في الساج) بمهملة، وجيم: الطيلسان الأخضر، أو الأسود، قاله المجد، وقيل: هو ثوب صوف، كما في «المحلى» **(المدرج في جرابه)** بكسر الجيم، ولا تفتح أو فتحها لغية فيما حكاه عياض وغيره المِزْوَدُ أو الوعاء **(أو الثوب القبطي)** بضم القاف، ثياب تنسب إلى القبط بالكسر، نصارى مصر على غير قياس، وقد تكسر القاف في النسبة على القياس **(المدرج في طيه)** أي في كوره وثنيه **(إنه لا يجوز بيعهما)** أي بيع الساج والقُبْطِيّ **(حتى ينشرا)** ببناء المجهول على التثنية أي يخرجهما من الوعاء، وينشر طيّهما.

(وينظر) ببناء المجهول على الإفراد في جميع النسخ أي يسرح النظر **(إلى ما في أجوافهما)** جمع جوف، أي ما لم يظهر منهما حالة البطن المطوي تشبيهاً بجوف الحيوان **(وذلك)** أي وجه عدم الجواز **(أن بيعهما)** في تلك الحالة المطوية **(من بيع الغرر)** لاشتباه حالة البطن **(وهو من)** فروع بيوع **(الملامسة)** المنهيّ عنها.

---

(١) انظر: «نصب الراية» (٤/ ١٢).

قَالَ مَالِكٌ: وَبَيْعُ الْأَعْدَالِ عَلَى الْبَرْنَامِجِ، ....

قال الزرقاني(١): فيمنع اتفاقاً، فإن عرف طوله وعرضه ونظر إلى شيء منه واشترى على ذلك جاز، فإن خالف كان له القيام كالعيب.

وقال الباجي(٢): وهذا على ما قال: إن الثوب المدرج في جرابه كالساج وما أشبهه مما يصان بغلاف أو جراب يكون فيه، فلا يظهر شيء منه أو الثوب القبطي الذي درج على طيه، وإن ظهر ظاهره، فإنه لا يجوز بيعهما بالصفة، قاله ابن الموّاز عن مالك.

وقال الموفق(٣): وفي بيع الغائب روايتان: أظهرُهما: أن الغائب الذي لم يُوصف ولم تتقدم رُؤْيَتُه لا يصِحُّ بيعُه، وبهذا قال الشعبيُّ، والنخعيُّ، والحسن، والأوزاعي، ومالك، وإسحاق، وهو أحد قَوْلَي الشافعيِّ، وفي رواية أخرى أنه يصح، وهو مذهب أبي حنيفة، والقول الثاني للشافعي.

وهل يثبت للمشتري خيار الرؤية؟ على روايتين: أشهرهما ثبوته، وهو قول أبي حنيفة، وإذا ثبت هذا، فإنه يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع، كداخل الثوب وشعر الجارية ونحوهما، فلو باع ثوباً مطويًّا أو عيناً حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب، وإن حكمنا بالصحة فللمشتري الخيار عند رؤية المبيع في الفسخ والإمضاء، انتهى.

(قال يحيى: قال مالك: وبيع الأعدال) جمع عدل بكسر العين، وسكون الدال، أصله نصف الحمل على أحد شقي الدابة، ومنه نعم العدلان، والعلاوة في قوله تعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ عَلَيۡهِمۡ صَلَوَٰتٞ مِّن رَّبِّهِمۡ﴾ الآية، ثم وسع إطلاقه على الحقب الكبير. **(على البرنامج)** بفتح الموحدة، وكسر الميم، وبكسرهما، قال

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣١٦).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٤٤).

(٣) «المغني» (٦/ ٣١).

مُخَالِفٌ لِبَيْعِ السَّاجِ فِي جِرَابِهِ. وَالثَّوْبِ فِي طَيِّهِ. وَمَا أَشْبَهَ ذٰلِكَ. فَرَقَ، بَيْنَ ذٰلِكَ، الأَمْرُ الْمَعْمُولُ بِهِ. وَمَعْرِفَةُ ذٰلِكَ فِي صُدُورِ النَّاسِ. وَمَا مَضَىٰ مِنْ عَمَلِ الْمَاضِينَ فِيهِ. وَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مِنْ بُيُوعِ النَّاسِ الْجَائِزَةِ. وَالتِّجَارَةِ بَيْنَهُمْ. الَّتِي لَا يَرَوْنَ بِهَا بَأْساً. لِأَنَّ بَيْعَ الأَعْدَالِ عَلَى الْبَرْنَامِجِ، عَلَى غَيْرِ نَشْرٍ، لَا يُرَادُ بِهِ الْغَرَرُ. وَلَيْسَ يُشْبِهُ الْمُلَامَسَةَ.

الفاكهاني: رويناه بفتح الميم، ولم يذكر عياض غير الكسر معرب برنامه بالفارسية معناه الورقة المكتوب فيها ما في العدل، سيأتي بيانه قريباً في باب مستقل (**مخالف**) في الحكم (**لبيع الساج في جرابه والثوب في طيه**) المذكورين في القول السابق (**وما أشبه ذلك**) أي أشبه الجراب والطيّ (**فَرق**) بصيغة الماضي وفاعله ما سيأتي من قوله: الأمر المعمول والمعطوفات عليه (**بين ذلك**) أي بين بيع الساج وبين بيع الأعدال (**الأمر المعمول به**) فإن العمل السابق على جواز ذلك دون هذا.

(**ومعرفة ذلك**) عطف على الأمر المعمول، وذلك إشارة إلى جواز بيع الأعدال (**في صدور الناس**) الذين يقتدى بهم (**وما مضى**) عطف على الأمر المعمول به أي فرق بينهما ما سلف (**من عمل الماضين**) أي عمل السلف الصالحين (**فيه وأنه**) أي بيع الأعدال (**لم يزل**) أي استمر عليه (**من بيوع الناس الجائزة**) صفة البيوع (**بينهم**) زاد في النسخ المصرية بعد ذلك «والتجارة بينهم»، والتجارة عطف على البيوع أي لم يزل من التجارة بينهم (**التي لا يرون بها بأساً**)

ثم نبّه على وجه الفرق بينهما إذ أباحوا بيع الأعدال دون الساج في الجراب بقوله: (**لأن بيع الأعدال على البرنامج**) المذكور (**على غير نشر**) الأعدال (**لا يراد به الغرر**) والمخاطرة (**وليس يشبه الملامسة**) لأن الملامسة فيها الغرر.

(٣٦) باب بيع المرابحة

قال الباجي[١]: الثوب المدرج في جرابه أو الثوب القبطي على طيه لا يجوز بيعهما بالصفة، ويخالف ذلك بيع الأعدال على البرنامج، بأن بيعها على ذلك جائز، قال ابن حبيب: لكثرة ثياب الأعدال وعظم المؤنة في فتحها ونشرها، ويصح الفرق بينهما من وجهين، أحدهما: أن يكون الساج المدرج في جرابه، والثوب القبطي في طيه يمنع المبتاع من نشرهما، ولا يوصفان له بصفتهما، وإنما يشترى كل واحد منهما على ما هو عليه دون صفة يلزمها البائع.

وبيع الأعدال على البرنامج إنما هو بيعها على ما تضمنه البرنامج من صفتها المستوعبة لما يحتاج إلى معرفة من صفاتها التي تختلف الأثمان والأغراض باختلافها، فلذلك جاز بيع الأعدال على البرنامج، لأنه بيع على صفة، ولم يجز بيع الساج في الجراب والقبطي المطوي؛ لأنه بيع على غير صفة ولا رؤية، انتهى.

ولا يتمشى هذا الاختلاف على مسلك الحنفية ومن معهم، كما عرفت قريباً؛ لأن بيع الغائب عندهم جائز، وللمشتري خيار الرؤية بعد ذلك، فلا فرق عندهم بين بيع الأعدال والساج في الجراب.

(٣٦) بيع المرابحة

مصدر رابح، قال الدردير[٢]: هو بيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به وزيادة ربح معلوم لهما، قال الدسوقي: هذا يقتضي أن البيع بالوضيعة والمساواة لا يقال له: مرابحة، والظاهر أن إطلاق المرابحة عليهما حقيقةٌ عرفيةٌ، وأجيب بأن هذا تعريف للنوع الغالب في المرابحة الكثير الوقوع، لا أنه تعريف لحقيقة المرابحة الشاملة للوضيعة، والمساواة.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٤٤).

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ١٥٩).

....

وقد عَرَّفَ ابنُ عرفة المرابحة بأنها بيع مرتب ثمنه على ثمن بيع تقدمه، غير لازم مساواته له، فخرج بالأول المساومة والمزايدة، والاستئمان، وخرج بالثاني الإقالة والتولية والشفعة والرد بالعيب على القول بأنها بيع، وإطلاق المرابحة على الوضيعة والمساواة. إما مجرد اصطلاح في التسمية أي اصطلاح مجرد عن المناسبة أو أن الوضيعة ربح للمشتري، كما أن الزيادة ربح للبائع، وإطلاق المرابحة على المساواة باعتبار ربح البائع بالثمن لانتفاعه به، إذ قد يشتري به سلعة أخرى ينتفع بها، انتهى.

وفي «الدر المختار»[١]: المرابحة شرعاً بيعُ ما ملكه من العروض، ولو بهبة أو إرث أو وصية أو غصب، فإنه إذا ثمنه بما قام عليه وبفضل مؤنة، ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز، قال ابن عابدين: قوله: ثم باعه مرابحة أي بزيادة ربح على تلك القيمة التي قوّم بها الموهوب، ونحوه مع ضم المؤنة إليها، بخلاف ما كان اشتراه بثمن، فإنه يرابح على ثمنه لا على قيمته، انتهى.

قال ابن رشد[٢]: أجمع جمهور العلماء على أن البيع صنفان، مساومة ومرابحة، والمرابحة هي أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة، ويشترط عليه ربحاً ما للدينار أو الدرهم، واختلفوا من ذلك بالجملة في الموضعين؛ أحدهما: فيما للبائع أن يَعُدَّه من رأس مال السلعة مما أنفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له أن يَعُدَّه من رأس المال، والثاني: إذا كذب البائع للمشتري، فأخبر أنه اشتراه بأكثر مما اشترى به السلعة، أو وهم، فأخبر بأقل مما اشترى به السلعة، فذكر اختلافهم في هذين.

وقال الموفق[٣]: هو البيعُ برأس المال وربح معلوم، ويُشْتَرط علمُهما

---

(١) (٥/٢٥٦).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/٢١٣).

(٣) «المغني» (٦/٢٦٦).

١٣٧٣/ ٧٧ ـ **حدّثني** يَحْيَىٰ: قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الْبَزِّ يَشْتَرِيهِ الرَّجُلُ بِبَلَدٍ. ثُمَّ يَقْدَمُ بِهِ بَلَداً آخَرَ. فَيَبِيعُهُ مُرَابَحَةً: إِنَّهُ لَا يَحْسِبُ فِيهِ أَجْرَ السَّمَاسِرَةِ. وَلَا أَجْرَ الطَّيِّ وَلَا الشَّدِّ. وَلَا النَفَقَةَ. وَلَا كِرَاءَ بَيْتٍ. ....

برأس المال، فيقول: رأس مالي فيه، أو هو عليّ بمائةٍ بعتُك بها وربحُ عشرةٍ، فهذا جائز لا خلاف في صحَّته، ولا نعلم فيه عند أحد كراهةً، وإن قال: بعتك برأس مالي فيه وهو مائة، وأربح في كل عشرة درهماً، أو قال: ده يازده، أوده دوازده، فقد كرهه أحمد، وقد رويت كراهته عن ابن عمر وابن عباس ومسروق والحسن وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار، وقال إسحاق: لا يجوز؛ لأن الثمن مجهول حال العقد، فلم يجز؛ كما لو باعه بما يخرج به في الحساب.

ورخص فيه سعيد بن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر؛ لأن رأس المال معلوم، والربح معلوم، فأشبه ما لو قال: وربح عشرة دراهم، ووجه الكراهة أن ابن عمر وابن عباس كرهاه، ولم نعلم لهما في الصحابة مخالفاً، ولأن فيه نوع جهالة، والتحرز عنها أولى، وهذه كراهة تنزيه، والبيع صحيح لما ذكرنا، انتهى.

١٣٧٣/ ٧٧ ـ **(قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا في البز)** بموحدة مفتوحة وزاي الثياب أو متاع البيت من الثياب وغيرها **(يشتريه الرجل ببلد ثم يقدم به بلداً آخر فيبيعه مرابحة)** أي بالثمن الأول وزيادة ربح **(إنه)** أي البائع **(لا يحسب فيه)** أي في الثمن **(أجر السماسرة)** جمع سمسار، وهو المتوسط بين البائع والمشتري **(ولا أجر الطيّ)** أي أجرة طيّ الثياب إن أعطاه **(ولا)** أجرة **(الشدّ)** أي شدّ الأحمال **(ولا النفقة)** التي أنفق على المبيع **(ولا كراء بيت)** أي الذي حفظه فيه.

قال الباجي[1]: يريد بأجر السماسرة من كلفة شراء المتاع، وكذلك أجر

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٤٥).

فَأَمَّا كِرَاءُ الْبَزِّ فِي حُمْلَانِهِ، فَإِنَّهُ يُحْسَبُ فِي أَصْلِ الثَّمَنِ. وَلَا يُحْسَبُ فِيهِ رِبْحٌ. إِلَّا أَنْ يُعْلِمَ الْبَائِعُ مَنْ يُسَاوِمُهُ بِذٰلِكَ كُلِّهِ. فَإِنْ رَبَّحُوهُ عَلَى ذٰلِكَ كُلِّهِ. بَعْدَ الْعِلْمِ بِهِ. فَلَا بَأْسَ بِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا الْقِصَارَةُ وَالْخِيَاطَةُ وَالصِّبَاغُ. وَمَا أَشْبَهَ ذٰلِكَ. فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْبَزِّ. يُحْسَبُ فِيه الرِّبْحُ. كَمَا يُحْسَبُ فِي الْبَزِّ. فَإِنْ بَاعَ الْبَزَّ وَلَمْ يُبَيِّنْ شَيْئاً مِمَّا سَمَّيْتُ. ....

طيه وشدّه أعدالاً، ونفقة التأجير، وكراء بيته، قال ابن حبيب: وكراء ركوبه لا يحسب شيء من ذلك في ثمن المتاع دون أن يبين، وذلك أن يقول: قامت علي بكذا ولو بَيَّنَ وقال: لا بيع مرابحة إلا أن أَعُدَّها في الثمن، وآخذ له ربحاً لجاز ذلك، انتهى.

(قال مالك) وليس هذا اللفظ في بعض النسخ، بل الكلام الآتي ملحق بالقول السابق وهو الأوجه **(فأما كراء البز في حملانه)** بضم الحاء أي في حمله **(فإنه يحسب)** ببناء المجهول **(في أصل الثمن ولا يحسب فيه)** أي في كراء البز **(ربح)** يعني لا يؤخذ الربح على أجرة الكراء **(إلا أن يُعْلم)** بضم أوله أي يخبر **(البائعُ)** فاعل يخبر **(من يساومه)** مفعول، والمراد المشتري **(بذلك كله)** من أجرة السماسرة والطي وغيرهما **(فإن ربحوه)** بتثقيل الموحدة وضمير الجمع باعتبار من، يعني إن رضي المشترون بإعطاء الربح **(على ذلك كله بعد العلم به فلا بأس به)** أي يجوز.

(قال مالك: فأما القصارة) قال المجد: القَصَّارُ كشدّاد ومحدِّثٍ: مُحَوِّرُ الثيابِ، وحرفته: القصارة، انتهى. والمراد أجرة تحوير الثياب **(والخياطة)** مصدر خاط الثوب يخيطه، أي أجرة الخياطة إن خاطه **(والصباغ)** ككتاب **(وما أشبه ذلك)** كطرز وفتل وغيرها من كل ماله عينٌ قائمةٌ **(فهو بمنزلة البز)** يعني بمنزلة أصل البز لظهور أثر الصنع فيه **(يُحسب)** ببناء المجهول **(فيه الربح كما يحسب في البز)** يعني كما يحسب الربح في ثمن البز.

(فإن باع البز ولم يبين شيئاً مما سَمَّيْتُ) بصيغة المتكلم من التسمية، وفي

إِنَّهُ لَا يُحْسَبُ لَهُ فِيهِ رِبْحٌ. فَإِنْ فاتَ الْبَزُّ، فَإِنَّ الْكِرَاءَ يُحْسَبُ وَلَا يُحْسَبُ عَلَيْهِ رِبْحٌ. فَإِنْ لَمْ يَفُتِ الْبَزُّ، فَالْبَيْعُ مَفْسُوخٌ بَيْنَهُمَا. إِلَّا أَنْ يَتَرَاضيا عَلَى شَيْءٍ مِمَّا يَجُوزُ بَيْنَهُمَا.

بعض النسخ مما سمعت بصيغة الخطاب من السمع، فالحكم فيه **(إنه لا يحسب له فيه ربح)** لعدم بيانه **(فإن فات البز)** بأن باعه المبتاع مثلاً أوضاع عنده **(فإن الكراء يحسب)** عليه **(ولا يحسب عليه ربح)** على الكراء **(فإن لم يفت البز)** بل يكون باقياً عند المشتري **(فالبيع مفسوخ بينهما)** يَرُدُّ المشتري البز ويأخذ ثمنه؛ لأن البائع يقول: لا أبيع إلا بما سميت من الثمن والربح، والمشتري يقول: لا أحسب في رأس المال شيئاً مما سميت **(إلا أن يتراضيا)** أي البائع والمبتاع **(على شيء مما يجوز)** التراضي عليه **(بينهما)** فلا يفسخ.

قال الباجي[1]: أما كراء البزِّ في حمله، فإنه يُحْسَبُ في أصل الثمن، ولا يُحْسب فيه رِبْحٌ إلا أن يعلم البائع من يساومه بذلك كله، يريد أن حمل البز من بلد ابتياعه إلى بلد بيعه مما يحسب في ثمنه، ولا يجعل له حصةٌ من الربح فيما باع لربح للعشرة أحد عشر، وهذا حكم نفقة الرقيق في ذلك إلا أن يبين ذلك، فيكون على ما شرط، وذلك جائز.

وقوله: القصارة وما أشبه ذلك، قال في «الواضحة»: والفتل والكماد والتطوية، وقال غيره: والطراز فهو بمنزلة البز يحسب له الربح، كما يحسب للبز، فيجعل ذلك على ثلاثة أقسام، قسم: لا يحسب في رأس المال ولا يقسم له من الربح، وقسم: يحسب في رأس المال ولا يقسم له من الربح، وقسم: يحسب في رأس المال ويقسم له من الربح.

والفرق بينهما أن ما ليس له عين قائمة فهو على ضربين، ضرب: لا يتخذ بسبب البزّ غالباً، وإنما جرت العادة أن يتخذ لغيره ككراء بيت، وضرب:

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٤٥).

....

جرت عادة المبتاع أن يباشره بنفسه ولا يستنيب فيه غالباً بأجرة كأجرة السمسار، وهو أن يستأجره على أن يبتاع له المتاع، وعلى أن يطويه له ويشدّه؛ لأن هذا مما جرت العادة أن يفعله التاجر بنفسه، فالعوض عنه داخل في ربح رأس المال.

فإن استأجر من ينوب عنه في ذلك لم يلزم المبتاع ذلك، كما لو باشر بنفسه، فأراد أن يحسب في الثمن أجرته، وأما ما ليست له عين قائمة، ولكنه أمر يختصُّ بالمبيع، وعادته أن لا يكون ذلك إلا بأجرة ككراء حمله ونفقة الرقيق، فهذا يُحْسب في الثمن، ولا حظ له في الربح؛ لأنه ليس له في المبيع عين قائمة، وأما ماله عين قائمة في المبيع كالقصارة والصبغ والطراز، فهذا يحسب في الثمن، وله حظه من الربح لما كانت له عين قائمة كنفس المتاع.

وقد قال أبو محمد: فإن كان المبتاع مما يعلم أنه لا يشتري إلا بواسطة أو سمسار، والعادة جارية بذلك، فيحسب من رأس المال، ولا يحسب له ربح؛ لأنه ليست له عين قائمة، وأما كراء المنازل، فإن كان اكتراها ليسكن فيها، ويأوي إليها، فالمتاع تبع، ولا يحسب، وإن كان اكتراه ليحرز فيه المتاع، ولولا ذلك لم يحتج إليه، فإنه يحسب بغير ربح، انتهى.

وقال ابن رشد[١]: أما ما يُعَدُّ في الثمن مما لا يُعَدُّ، فإن تحصيل مذهب مالك في ذلك أن ما ينوب البائع على السلعة زائداً على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام، قسم: يُعَدُّ في أصل الثمن ويكون له حظ من الربح، وقسم: يُعَدُّ في أصل الثمن ولا حظ له من الربح، وقسم: لا يُعَدُّ في أصل الثمن، ولا له حظ من الربح.

أما الأول: فهو ما كان مؤثراً في عين السلعة كالخياطة، والثاني: ما لا يؤثر في عين السلعة مما لا يمكن البائع أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢١٤).

قَالَ مَالِكٌ، فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْمَتَاعَ بِالذَّهَبِ أَوْ بِالْوَرِقِ. وَالصَّرْفُ يَوْمَ اشْتَرَاهُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ بِدِينَارٍ فَيَقْدَمُ بِهِ بَلَداً فَيَبِيعُهُ مُرَابَحَةً. أَوْ يَبِيعُهُ حَيْثُ ....

إلى بلد، والثالث: ما ليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن أن يتولاه صاحب السلعة بنفسه، كالسمسرة والطي والشدّ، وقال أبو حنيفة: بل يجعل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها، وقال أبو ثور: لا تجوز المرابحة إلا بالثمن الذي اشترى به السلعة فقط إلا أن يفصل ويفسخ عنده إن وقع؛ لأنه كذب، انتهى مختصراً.

وفي «الدر المختار»[1]: يضم البائع إلى رأس المال أجر القَصَّار، والصبغ، وحمل الطعام، وأجرة السمسار، وغيرها، وضابطه كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يُضَمُّ، واعتمد العيني وغيره عادة التجار بالضَمِّ، ويقول: قام علي بكذا، ولا يقول: اشتريتُه؛ لأنه كذب، قال ابن عابدين: قوله: وضابطه فإن الصبغ وأخواته يزيد في عين المبيع، والحمل والسوق يزيد في قيمته؛ لأنها تختلف باختلاف المكان، فتلحق أجرتها برأس المال.

وأورد أن السمسار لا يزيد في عين المبيع ولا في قيمته، وأجيب بأن له دخلاً في الأخذ بالأقل، فيكون في معنى الزيادة في القيمة، قال في «الفتح» بعد ذكره الضابط المذكور: قال في «الإيضاح»: هذا المعنى ظاهرٌ، ولكن لا يتمشى في بعض المواضع، والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها، انتهى.

(**قال مالك في الرجل يشتري المتاع بالذهب أو بالورق**) أي الفضة. (**والصرف يوم اشتراه**) أي المتاع (**عشرة دراهم بدينار**) خبر لقوله: الصرف، يعني الصرف يومئذ كل دينار بعشرة دراهم (**فيقدم به**) أي بالمتاع (**بلداً**) آخر (**فيبيعه**) في هذا البلد (**مرابحة**) أي بالربح المعلوم على الثمن (**أو يبيعه حيث**

---

(١) (٥/٢٥٩، ٢٦٠).

اشْتَراهُ. مُرَابَحَةً عَلَى صَرْفِ ذٰلِكَ الْيَوْمِ الَّذِي بَاعَهُ فِيهِ. فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ ابْتَاعَهُ بِدَرَاهِمَ. وَبَاعَهُ بِدَنَانِيرَ. أَوِ ابْتَاعَهُ بِدَنَانِيرَ، وَبَاعَهُ بِدَرَاهِمَ. وَكَانَ الْمَتَاعُ لَمْ يَفُتْ. فَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ. إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ. وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ. فَإِنْ فَاتَ الْمَتَاعُ، كانَ لِلْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ الَّذِي ابْتَاعَهُ بِهِ الْبَائِعُ. وَيُحْسَبُ لِلْبَائِعِ الرِّبْحُ عَلَى مَا اشْتَرَاهُ بِهِ. عَلَى مَا رَبَّحَهُ الْمُبْتَاعُ.

اشتراه به) أي في البلد الذي اشتراه فيه **(مرابحة على صرف ذلك اليوم الذي باعه فيه)** وقد اختلف صرف يوم الشراء ويوم البيع، مثلاً يكون صرف ذلك اليوم أو صرف هذا البلد الآخر كل دينار بعشرين درهماً.

(فإنه) أي المشتري **(إن كان ابتاعه بدراهم وباعه بدنانير أو)** بالعكس مثلاً **(ابتاعه بدنانير، وباعه بدراهم، وكان المتاع)** كذا في الهندية، وفي المصرية: المبتاع **(لم يفت)** أي المبيع كان موجوداً عند المشتري بدون التغير الذي يمنع الرد **(فالمبتاع بالخيار إن شاء أخذه)** بالثمن الذي يعينه البائع **(وإن شاء تركه)** لاختلاف الصرف، وليس للبائع أن يلزمه إياه.

(وإن فات المبتاع) يعني فات المبيع من عند المشتري بالبيع أو بالتغير **(كان)** المبيع **(للمشتري بالثمن)** الأول **(الذي ابتاعه به البائع، ويحسب)** أي يزيد **(البائع الربح)** المعين، كذا في النسخ الهندية، فيكون الفعل ببناء الفاعل، والبائع فاعله، والربح مفعوله، وفي النسخ المصرية: يحسب للبائع، فيكون الفعل ببناء المفعول، والربح نائب الفاعل **(على ما)** أي الثمن الذي **(اشتراه به)** البائع **(على)** وفق **(ما ربحه المبتاع)** وهو الربح الذي تقرر عند البائع والمشتري.

قال الباجي[١] في الذي يشتري المتاع بالذهب: هذا السؤال يحتمل وجهين: **أحدهما**: أن يشتري بذهب ويبيع بذهب، وقد اختلف الصرف في

---

(١) «المنتقى» (٥/٤٩).

....

وقْتَي البيع والشراء، فهذا لا يمنع صحة البيع مرابحة، ولا يحتاج إلى بيان. **والثاني**: ما أجاب عنه أن يبتاع بذهب، فيبيع بورق أو بالعكس، فهذه المسألة التي أجاب عنها، فهذا لا يجوز أن يبيع مرابحةً، حتى يُبَيِّنَ سواء تغير الصرف أو لم يتغير؛ لأنهما جنسان تختلف الأغراض فيهما.

فإن وقع ذلك فالمبتاع بالخيار بين الأخذ والرد ما لم يفت، وليس للبائع أن يلزمه إياه بما نقد فيه؛ لأن المبتاع لم يُرِد الشراءَ بهذه العين، وإنما اشترى بغيرها، لكنه يثبت له الخيار لما ظهر من أن البائع ابتاع بغير ما أظهر إليه.

وإن فاتت السلعة ما ثبت في الأصل أنها للمشتري بالثمن الذي ابتاعها به، وقد قال في «كتاب ابن المواز»: إلا أن يجيء أكثر مما رضي به، ولم يجعل مالكٌ في هذا قيمة، كما فعل في مسألة الزيادة في الثمن، وحوالةُ الأسواق في مثل هذا فوتٌ، وقد قال مالك في «المدونة»: إن فاتت ضُرِبَ الربحُ على ما هو أفضل للمشتري، انتهى.

وقد عرفت أن لفظ «الموطأ» مقيد بتغير الصرف وهكذا قيده به ابن رشد في «البداية»[1] إذ قال: أما صفة رأس الثمن الذي يجوز أن يخبر به، فإن مالكاً والليث قالا فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف معلوم تَغَيَّر إلى زيادة: إنه ليس له أن يعلم يوم باعها بالدنانير التي اشتراها؛ لأنه من باب الكذب والخيانة، وكذلك إن اشتراها بدراهم، ثم باعها بالدنانير وقد تغير الصرف، انتهى.

وعَمَّمَ الباجي الحكم سواء تَغَيَّر الصرف أم لا، والتعميم هو المعروف في فروع المالكية، قال الدردير[2]: يجب على بائع مرابحة بيان ما نقده وعقد

(١) «بداية والمجتهد» (٢/ ٢١٤).

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ١٦٤).

قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا بَاعَ رَجُلٌ سِلْعَةً قَامَتْ عَلَيْهِ بِمَائَةِ دِينَارٍ، لِلْعَشَرَةِ أَحَدَ عَشَرَ. ....

عليه حيث اختلف ما نقده مطلقاً، سواء عقد بذهب ونقد فضة أو عكسه أو على أحدهما ونقد عرضاً أو عكسه، وأما إن نقد ما عقد عليه فلا يحتاج لبيان، انتهى.

وقال الموفق[١]: إن ابتاعه بدنانير، فأخبر أنه اشتراه بدراهم أو بالعكس أو اشتراه بعرض، فأخبر أنه اشتراه بثمن أو بالعكس، وأشباه هذا، فللمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن، وبين الرضى به بالثمن الذي تبايعا به، انتهى.

وقال ابنُ نجيم[٢]: إن المعتبر في المرابحة ما وقع العقد الأول عليه دون ما وقع عوضاً عنه، حتى لو اشترى بعشرة، فدفع عنها ديناراً أو ثوباً قيمته عشرة أو أقل أو أكثر، فإن رأس المال هو العشرة، لا الدينار والثوب، انتهى.

وفي «البدائع»[٣]: لو اشترى ثوباً بعشرة هي خلاف نقد البلد، ثم باعه مرابحة، فإن ذكر الربح مطلقاً بأن قال: أبيعك بالثمن الأول وربح درهم كان على المشتري الثاني عشرة من جنس ما نقد، والربح من نقد البلد؛ لأن المرابحة بيع بالثمن الأول، وهو الواجب بالعقد الأول، وهو عشرة، وهي خلاف نقد البلد، فيجب بالعقد الثاني مثلها، والربح من نقد البلد؛ لأنه أطلق الربح، والمطلق ينصرف إلى المتعارف، انتهى.

(قال مالك: وإذا باع رجل سلعة قامت عليه بمائة دينار) مثلاً صفة لسلعة ثم باعها مرابحة **(للعشرة أحد عشر)** يعني بربح دينار على عشرة، فباعها على

---

(١) «المغني» (٦/ ٢٧٤).

(٢) «البحر الرائق» (٦/ ١١٨).

(٣) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٢٠).

ثُمَّ جَاءَهُ بَعْدَ ذٰلِكَ أَنَّهَا قَامَتْ عَلَيْهِ بِتِسْعِينَ دِينَاراً. وَقَدْ فَاتَتِ السِّلْعَةُ. خُيِّرَ الْبَائِعُ. فَإِنْ أَحَبَّ فَلَهُ قِيمَةُ سِلْعَتِهِ يَوْمَ قُبِضَتْ مِنْهُ. إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْقِيمَةُ أَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي وَجَبَ لَهُ بِهِ الْبَيْعُ أَوَّلَ يَوْمٍ.

مائة وعشرة **(ثم جاءه)** أي تحقق للمشتري **(بعد ذلك أنها)** أي السلعة **(قامت عليه)** أي على البائع **(بتسعين ديناراً)** وقد غلط البائع إذ قال: قامت عليّ بمائة دينار.

قال الباجي[1]: يحتمل أن يريد بذلك أن البائع غلط، وظن أنها قامت عليه بمائة فباع بذلك، ثم جاءه العلم بأنها قامت عليه بتسعين، ويحتمل أن يريد بذلك أن البائع قال: قامت عليه بمائة، ثم جاء المبتاع العلمُ بأنها قامت عليه بتسعين، فلا يخلو أن يكون هذا الخبر ورد قبل أن تفوت السلعة أو بعد أن فاتت، فإن كان ذلك قبل أن تفوت فللمبتاع أن يأخذها بجميع الثمن، فيلزم ذلك البائع أو يردها فيلزم البائع، وليس للمبتاع أن يقول: آخذها بتسعين وربحها إلا أن يرضى البائع، قاله ابن القاسم في «المدونة»، انتهى.

أو جاءه العلم وقد فاتت، فذكره المصنف في قوله **(وقد فاتت السلعة)** من عند المشتري، فحينئذ **(خُيِّرَ البائع)** ببناء المجهول من التخيير **(فإن أحبَّ)** البائع **(فله قيمة سلعته)** بإضافة القيمة إلى السلعة، يعني يكون له القيمة لا الثمن الذي باعها عليه **(يوم قبضت)** السلعة ببناء المجهول يعني يوم قبضها المشتري **(منه)** لأنه يشبه البيع الفاسد، كما روي عن مالك تعليله بذلك، ووافقه ابن القاسم في «المدونة».

وروى فيها عليّ عن مالك له قيمتها يوم باعها أي لأنه عقد صحيح، قاله الزرقاني[2]. **(إلا أن تكون القيمة أكثر من الثمن الذي وجب له به البيع أول يوم)**

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٥١).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣١٨).

فَلَا يَكُونُ لَهُ أَكْثَرُ مِنْ ذٰلِكَ. وَذٰلِكَ مَائَةُ دِينَارٍ وَعَشَرَةُ دَنَانِيرَ. وَإِنْ أَحَبَّ ضُرِبَ لَهُ الرِّبْحُ عَلَى التِّسْعِينَ. إِلَّا أَنْ يَكُونَ الَّذِي بَلَغَتْ سِلْعَتُهُ مِنَ الثَّمَنِ أَقَلَّ مِنَ الْقِيمَةِ. فَيُخَيَّرُ فِي الَّذِي بَلَغَتْ سِلْعَتُهُ. وَفِي رَأْسِ مَالِهِ وَرِبْحِهِ. وَذٰلِكَ تِسْعَةٌ وَتِسْعُونَ دِينَاراً.

وهو يوم عقد البيع مع المشتري **(فلا يكون له أكثر من ذلك، وذلك)** أي الثمن الذي وجب له أول يوم، وهو **(مائة دينار وعشرة دنانير)** إذ كان باعه بعشرةٍ أحدَ عشرَ **(وإن أحبّ)** البائع **(ضُرِبَ له الربحُ على التسعين)** وهو الذي جاءه العلم بأنها قامت عليه **(إلا أن يكون الذي بلغت سلعتُه من الثمن)** بيان للموصول يعني إلا أن يكون ثمنها **(أقل من القيمة)** فحينئذ **(يُخَيَّرُ في الذي بلغت سلعتُه وفي رأس ماله وربحِه، وذلك)** أي رأس ماله وربحه **(تسعة وتسعون ديناراً)** لأن قيمته تحققت تسعين، وربح لكل عشرة ديناراً.

وذكر المسألة في «المدونة»[1] بأوضح من ذلك، فقال: أرأيت إن اشتريتُ سلعة مرابحةً فأتلفتُها أو لم أتلفها، ثم اطَّلَعتُ على البائع أنه زاد عليّ أو كذب لي، قال مالك: إن كان لم يُتْلِفها المشتري كان بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء تركها، وليس زيادته وظلمه بالذي يحمل عليه بأن يؤخذ بما لم يبع به، وإن فاتت السلعة قُوِّمَتْ، فإن كانت قيمتها أقل من رأس المال والربح لم ينقص من ذلك، وإن كانت قيمتها أكثر مما ابتاعها به المبتاع وربحه لم يزد على ذلك؛ لأنه قد رضي بذلك أولاً، انتهى.

وقال الدردير[2]: إن كذب البائع أي زاد في إخباره كأن يُخْبِر أنه اشتراها بخمسين، وقد كان اشترى بأربعين، سواء كان إخباره بالزيادة عمداً أو خطأ لزم المشتري إن حطّ البائع الزائد المكذوب به وربحه، فإن لم يحطّه لم يلزم

---

(١) «المدونة الكبرى» (٣/ ٢٥٠).

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ١٦٨).

. . . .

المشتري، وخُيِّرَ بين التماسك والرد، ويعني بالتماسك بجميع ما دفع من الثمن، والرد بأن يأخذ ثمنه من البائع بخلاف الغش، فلا يلزمه، ويثبت له الخيار بين التماسك والرد، هذا على قيام السلعة.

وإن فاتت السلعة ولو بحوالة سوق، ففي الغش يلزم المشتري الأقل من الثمن الذي بيعت به، ومن القيمة يوم قبضها، ولا يضرب الربح عليها، وفي الكذب خُيِّرَ المشتري بين دفع الثمن الصحيح وربحه أو قيمتها ما لم تزد على الكذب وربحه، فإن زادت خُيِّرَ بين دفع الصحيح وربحه أو الكذب وربحه. انتهى بزيادة من الدسوقي.

وقال أيضاً: الغش أن يوهم وجود مفقود مقصود وجوده في المبيع أو يكتم فقد موجود مقصود فقده، كأن يرقم على السلعة أكثر من ثمنها، ويبيع بالثمن الأصلي؛ ليُوهم المشتري الغلط على نفسه أو ينفخ اللحم لإيهام أنه سمين، وجعل المداد في يد العبد أو ثوبه لإيهام أنه كاتب، انتهى.

ونص كلام الدردير أن الخيار في ذلك للمشتري، وظاهر «الموطأ» أن الخيار للبائع. وذكر الدسوقي اختلاف فقهاء المالكية في أن التخيير للمشتري أو البائع، انتهى.

وقال ابن رشد[١]: اختلفوا فيمن ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره، ثم ظهر بعد ذلك إما بإقراره، وإما ببيِّنة أن الثمن كان أقل، والسلعة قائمة. فقال مالك وجماعة: المشتري بالخيار إما أن يأخذ بالثمن الذي صح أو يترك إذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذي صح، وإن ألزمه لزمه، وقال أبو حنيفة وزفر: بل المشتري بالخيار على الإطلاق، ولا يلزمه الأخذ بالثمن الذي إن ألزمه البائع لزمه، وقال الثوري وابن أبي ليلى وأحمد وجماعة: بل يبقى البيع لازماً

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢١٥).

....

لهما بعد حطِّ الزيادة، وعن الشافعي القولان: القول بالخيار مطلقاً، والقول باللزوم بعد الحط.

وقال الموفق[١]: متى باع شيئاً برأس ماله وربح عشرة، ثم علم ببيّنة أو إقرار أن رأس ماله تسعون، فالبيع صحيح؛ لأنه زيادة في الثمن، فلم يمنع صحة العقد كالعيب، وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في رأس المال، وهو عشرة، وحطّها من الربح وهو درهم، فبقي على المشتري بتسعة وتسعين درهماً، وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى، وهو أحد قولي الشافعي، وقال أبو حنيفة: وهو مُخَيَّرٌ بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على المعيب، انتهى.

وفي «الدر المختار»[٢]: إن ظهر خيانته في مرابحة بإقرار أو برهان أو بنكوله عن اليمين، أخذه المشتري بكل الثمن أو ردّه لفوات الرضا، وله الحطُّ في التولية بقدر الخيانة، قال ابن عابدين: أي إن ظهر خيانة البائع بأن ضم إلى الثمن ما لا يجوز ضمه، أو أخبره بأنه اشتراه بعشرة، وتبين أنه اشتراه بتسعة أخذه بكل ثمنه ولا حط ههنا، بخلاف التولية، وهذا عنده، وقال أبو يوسف: يحط فيهما، وقال محمد: يخير فيهما، انتهى.

وفي «البدائع»[٣]: هذا إذا كان المبيع عند ظهور الخيانة بمحل الفسخ، فأما إذا لم يكن بأن هلك أو حدث به ما يمنع الفسخ بطل خياره، ولزمه جميع الثمن؛ لأنه إذا لم يكن بمحل الفسخ لم يكن في ثبوت الخيار فائدة، فيسقط، كما في خيار الشرط وخيار الرؤية، انتهى.

---

(١) «المغني» (٦/ ٢٦٦).

(٢) «الدر المختار» (٥/ ٢٦١).

(٣) «بدائع الصنائع» (٤/ ٤٧٠).

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنْ بَاعَ رَجُلٌ سِلْعَةً مُرَابَحَةً. فَقَالَ: قَامَتْ عَلَيَّ بِمَائَةِ دِينَارٍ. ثُمَّ جَاءَهُ بَعْدَ ذٰلِكَ أَنَّهَا قَامَتْ بِمَائَةٍ وَعِشْرِينَ دِيناراً. خُيِّرَ الْمُبْتَاعُ فَإِنْ شَاءَ أَعْطَى الْبَائِعَ قِيمَةَ السِّلْعَةِ يَوْمَ قَبْضِهَا، وَإِنْ شَاءَ أَعْطَى الثَّمَنَ الَّذِي ابْتَاعَ بِهِ عَلَى حِسَابِ مَا رَبَّحَهُ. بَالِغاً مَا بَلَغَ. إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذٰلِكَ أَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي ابْتَاعَ بِهِ السِّلْعَةَ. فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُنَقِّصَ رَبَّ السِّلْعَةِ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي ابْتَاعَهَا بِهِ. لِأَنَّهُ قَدْ كَانَ رَضِيَ بِذٰلِكَ. وَإِنَّمَا جَاءَ رَبُّ السِّلْعَةِ يَطْلُبُ الْفَضْلَ. فَلَيْسَ لِلْمُبْتَاعِ فِي هٰذَا حُجَّةٌ عَلَى الْبَائِعِ. بِأَنْ يَضَعَ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي ابْتَاعَ بِهِ عَلَى الْبَرْنَامِجِ.

(قال مالك) وهذه الصورة الآتية عكس الصورة الأولى **(وإن باع رجل سلعة مرابحة، فقال: قامت)** السلعة **(عليّ بمائة دينار)** مثلاً والربح عشرة، كما في الصورة الماضية **(ثم جاءه)** أي البائع **(بعد ذلك)** العلم **(أنها قامت عليه بمائة وعشرين ديناراً)** فأخبر المشتري به **(خُيِّرَ)** ببناء المجهول **(المبتاع فإن شاء أعطى البائع قيمة السلعة)** غير الثمن **(يوم قبضها)** أي قيمة يوم قبض السلعة **(وإن شاء أعطى الثمن الذي ابتاع)** البائع **(به)** وهو مائة وعشرون ديناراً **(على حساب ما ربحه)** يكون الربح **(بالغاً ما بلغ)** وهو اثنا عشر ديناراً في الصورة المذكورة **(إلا أن يكون ذلك)** أي القيمة يوم القبض **(أقلّ من الثمن الذي ابتاع)** المشتري **(به السلعة)** وهو الثمن المكذوب وربحه **(فليس له)** أي للمشتري **(أن ينقص ربَّ السلعة)** مفعول ينقص وفاعله الضمير إلى المشتري **(من الثمن الذي ابتاعها)** أي السلعة **(به؛ لأنه)** أي المشتري **(قد كان رضي بذلك)** أي الثمن المكذوب وربحه فيلزمه ما رضي به.

(وإنما جاء رب السلعة) فاعل جاء **(يطلب الفضل)** أي الزائد على الذي غلط **(فليس للمبتاع في هذا حجة على البائع بأن يضع)** أي يسقط **(من الثمن الذي ابتاع به على البرنامج)** وتقدم معنى البرنامج قريباً، وسيأتي البسط فيه، قال

....

الزرقاني[١]: قال الباجي[٢]: كذا وقع في «الموطأ» ورواية علي في «المدونة» على لفظ التخيير، ولا معنى له إلا أن يكون بمعنى أنه يندب للمبتاع أن لا ينقصه شيئاً، فإن السلعة إن كانت قائمة فللمشتري ردُّها أو يضرب له الربح على مائة وعشرين، وإن فاتت فالقيمة، إلا أن تكون أقل من المائة وربحها فلا ينقص، أو يكون أكثر من مائة وعشرين وربحها، فلا يزاد على ذلك، انتهى.

قال ابن رشد[٣]: وأما إذا باع الرجل سلعته مرابحة، ثم أقام البينة أن ثمنها أكثر مما ذكره، وأنه وهم في ذلك وهي قائمة، فقال الشافعي: لا يسمع تلك البينة؛ لأنه كذبها، وقال مالك: يسمع منها، ويجبر المبتاع على ذلك الثمن، وهذا بعيد؛ لأنه بيع آخر، انتهى.

وقال الخرقي: إن أخبر بنقصان من رأس ماله كان على المشتري ردّه، أو إعطاؤه ما غلط به، وله أن يحلفه أن وَقْتَ ما باعها لم يعلم أن شراءها بأكثر، قال الموفق[٤]: جملة ذلك، أنه إذا قال في المرابحة: رأس مالي فيه مائة، وأربح عشرة، ثم عاد، فقال: غَلِطْتُ، رأس مالي فيه مائة وعشرة، لم يُقْبَلُ قولُه في الغلط إلا ببينةٍ تشهد أن رأس ماله عليه ما قاله ثانياً، وذكره ابن المنذر عن أحمد وإسحاق، وروى أبو طالب عن أحمد إذا كان البائع معروفاً بالصدق قُبِلَ قوله، وإن لم يكن صدوقاً جاز البيع.

وعن أحمد رواية ثالثة، أنه لا يقبل قول البائع، وإن أقام بينةً حتى يُصَدِّقُه المشتري، وهو قول الثوري والشافعي؛ لأنه أَقَرَّ بالثمن، وتعلق به حق

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣١٩).

(٢) انظر: «المنتقى» (٥/ ٥٢).

(٣) «بداية المجتهد» (٢/ ٢١٦).

(٤) «المغني» (٦/ ٢٧٥).

(٣٧) باب البيع على البرنامج

الغير، فلا يقبل رجوعُه ولا بَيِّنَتُه لإقراره بكذبها، وقول الخرقي: له أن يُحَلِّفُه صحيحٌ، فإنه لو باعها بهذا الثمن عالماً بأن ثمنها عليه أكثرُ لزمه البيع بما عقد عليه؛ لأنه تعاطى شيئاً عالماً بالحال، فلزمه، كمشتري المعيب عالماً بعيبه، وإذا كان البيع يلزمه بالعلم فادّعى عليه، لزمته اليمينُ، فإن نكل قُضِي عليه، وإن حلف خُيِّرَ المشتري بين قبوله بالثمن والزيادة التي غَلِط بها، وحطّها من الربح، وبين فسخ العقد.

ويحتمل أنه إذا باع بمائة وربح عشرةٍ، ثم إنه غلط بعشرة، لا يلزمه حطُّ العشرة من الربح؛ لأن البائع رضي بربح عشرة في هذا المبيع، فلا يكون له أكثر منها، وكذلك إن تَبَيَّن له أنه زاد في رأس ماله، لا ينقص الربح من عشرة، لأن البائع لم يبعه إلا بربح عشرة؛ فأما إن قال: وأربح في كل عشرة درهماً، أو قال: ده يازده، لزمه حطّ العشرة من الربح في الغلط والزيادة على الثمن في الصورتين، انتهى.

(٣٧) البيع على البرنامج

تقدم قريباً أنه بفتح الموحدة وكسر الميم وبكسرهما معربُ برنامه بالفارسية معناه الورقة المكتوب فيها ما في العِدْلِ، والمعروف الآن في اصطلاح تجار الهندية بلفظ «بل» ـ بكسر الموحدة ـ و«چك».

وقال الدردير[1]: هو بفتح الموحدة وكسر الميم الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما في العِدْل من الثياب المبيعة لتُشْتَرى على تلك الصفة للضرورة، قال الدسوقي: لما في حلِّ العِدْل من الحرج والمشقة على البائع من تلويثه ومؤنة شدة إن لم يرضه المشتري فأقيمت الصفة مقام الرؤية، انتهى.

---

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ٢٥).

....

قال الدردير: جاز بيع شراء معتمداً فيه على أوصاف مكتوبة في البرنامج، فإن وجد على الصفة لزوم وإلا خُيِّرَ المشتري، انتهى.

وقال الموفق(١): في بيع الغائب روايتان، أظهرهما أن الغائب الذي لم يوصف، ولم تتقدم رؤيته لا يصحُّ بيعه، وبهذا قال الشعبي والنخعي والحسن والأوزاعي ومالك وإسحاق، وهو أحد قولَي الشافعي، وفي رواية أخرى أنه يصح، وهو مذهب أبي حنيفة، والقول الثاني للشافعي، وهل للمشتري خيار الرؤية؟ أشهرها ثبوته، وهو قول أبي حنيفة.

وإذا وصف المبيعَ للمشتري(٢)، فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم صحَّ بيعه في ظاهر المذهب، وهو قول أكثر أهل العلم، وعن أحمد، لا يصحُّ حتى يراه؛ لأن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع فلم يصح البيع بها، كالذي لا يصح السلم فيه.

ولنا، أنه بيعٌ بالصفة، فصحّ كالسلم، ولا نسلِّم أنه لا تحصل به معرفة المبيع، فإنها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً، وهذا يكفي بدليل أنه يكفي في السلم، وما لا يصحُّ السلم فيه، فلا يصح بيعه بالصفة؛ لأنه لا يمكن ضبطه بها، وإذا ثبت هذا، فإنه متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخ، وبهذا قال ابن سيرين، وأيوب، ومالك، والعنبري، وإسحاق، وأبو ثور، وابن المنذر، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه: له الخيار بكل حال؛ لأنه يسمى بيع خيار الرؤية، ولأن الرؤية من تمام العقد، فأشبه غير الموصوف، ولأصحاب الشافعي وجهان، كالمذهبين.

ولنا، أنه سَلَّمَ له المعقود عليه بصفاته، فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه،

---

(١) «المغني» (٦/ ٣١).

(٢) انظر: «المغني» (٦/ ٣٣).

٧٨/١٣٧٤ ـ قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْقَوْمِ يَشْتَرُونَ السِّلْعَةَ. الْبَزَّ أَوِ الرَّقِيقَ. فَيَسْمَعُ بِهِ الرَّجُلُ فَيَقُولُ لِرَجُلٍ مِنْهُمْ: الْبَزُّ الَّذِي اشْتَرَيْتَ مِنْ فُلَانٍ قَدْ بَلَغَتْنِي صِفَتُهُ وَأَمْرُهُ. فَهَلْ لَكَ أَنْ أُرْبِحَكَ فِي نَصِيبِكَ كَذَا وَكَذَا؟ فَيَقُولُ: نَعَمْ. فَيُرْبِحُهُ وَيَكُونُ شَرِيكاً لِلْقَوْمِ مَكَانَهُ. فَإِذَا نَظَرَ إِلَيْهِ رَآهُ قَبِيحاً ....

ولأنه مبيع موصوف، فلم يكن للعاقد فيه الخيار في جميع الأحوال كالسلم، وقولهم: إنه يسمى بيع خيار الرؤية. لا نعرف صحته، فإن ثبت فيحتمل أن يسميه من يرى ثبوت الخيار، ولا يحتَجُّ به على غيره، فأما إن وجده بخلاف الصفة فله الخيار، ويسمى خيار الخُلف في الصفة؛ لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة، فلم يلزمه كالسلم، انتهى.

٧٨/١٣٧٤ ـ (**قال مالك: الأمر عندنا في القوم يشترون السلعة**) ثم مثَّلَها بقوله: (**البَزَّ أو الرقيقَ**) أو غيرهما (**فيسمَعُ به**) أي بهذا البيع (**الرجُلُ**) الآخر (**فيقول لرجلٍ منهم**) أي من المشترين (**البز الذي اشتريتَ**) بصيغة الخطاب (**من فلان قد بلغتني صفتُه وأمرُه**) أي حاله، قال الباجي[1]: فيه اختصار، ولا بد أن يتصل به أن يذكر تلك الصفة، وأما إن اقتصر على هذا القول لم يصحّ؛ لأن للمبتاع أن يدعي من الصفة إذا نظر إلى المتاع ما شاء، ولم يقع بينهما بيع على صفة معينة فلم يجز ذلك، انتهى. (**فهل لك**) رغبة في (**أن أُربحك**) أي أعطيك ربحها (**في نصيبك كذا وكذا**) لشيء معين سمّاه (**فيقول**) المشتري الأول: (**نعم، فيُرْبِحُه**) أي يعطي المشتري الثاني الأول الربح الذي سماه (**ويكون هذا شريكاً للقوم**) المشترين (**مكانه**) أي مكان المشتري الأول الذي باع حصته، وذلك قبل فتح العِدْل.

(**فإذا نظر إليه**) أي إلى ما في العِدْل بعد فتحه (**رآه قبيحاً**) ولم يرض عنه.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٥٤).

وَاسْتَغْلَاهُ.

قَالَ مَالِكٌ: ذٰلِكَ لَازِمٌ وَلَا خِيَارَ لَهُ فِيهِ. إِذَا كَانَ ابْتَاعَهُ عَلَى بَرْنَامِجٍ وَصِفَةٍ مَعْلُومَةٍ.

(واستغلاه) أي عَدَّه غالياً **(قال مالك)** في الصورة المذكورة: **(ذلك)** البيع **(لازمٌ له)** إذا كان على الصفة المذكورة **(ولا خيار له)** أي للمشتري **(فيه إذا كان ابتاعه على برنامج وصفة معلومة)** مذكورة في برنامج.

قال الباجي[1]: قوله في أول المسألة: القوم يشترون، يريد ـ والله أعلم ـ أن الرقيق غيّب غيبة بعيدة يشُقُّ على المبتاع غالباً التوجهُ إليهم، ولو كانوا حاضرين لم يجز لهم ذلك؛ لأن النظر إليهم ممكن لا مشقة فيه، فلا ينوب عنها الوصف، وإنما ينوب عنها إذا كان يمنع من النظر إليها مانعٌ من بُعد مسافة أو تغير طيٍّ وشدٍّ يلحق فيه مؤنة، ويؤدي إلى تغير نضارة الثوب وهيئته التي تزيد في ثمنه.

وأما الثياب فيجوز ذلك فيها على وجهين، أحدهما: أن تكون غائبة، والثاني: أن تكون حاضرة مشدودة في أعدالها، بحيث يشقّ في حلِّها مع ما يلحقها في تكرار ذلك في كل مشترٍ، يريد رؤيتها من الابتذال لها وإذهاب كثير من حسنها، ولا بد في الوجهين من تقدم رؤية أو صفة، وروي جواز ذلك عن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف، ومنع عن ذلك الشافعي في أحد قوليه، وقال: لا يجوز بيع عين غير مرئية، وروي ذلك عن ابن عباس وابن عمر.

وإذا ثبت ما قلنا من أنه يجوز بيع الأعيان الغائبة على الصفة، فإن البيع لازم، وليس لهم ردّه، وإن استغلّوه إذا افتتحوا المتاع، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: للمبتاع الخيار، وإن وجد المتاع على تلك الصفة.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٥٣).

قَالَ مَالِكٌ، فِي الرَّجُلِ يَقْدَمُ لَهُ أَصْنَافٌ مِنَ الْبَزِّ. وَيَحْضُرُهُ السُّوَّامُ. وَيَقْرَأُ عَلَيْهِمْ بَرْنَامِجَهُ. وَيَقُولُ: فِي كُلِّ عِدْلٍ كَذَا وَكَذَا مِلْحَفَةً بَصْرِيَّةً، وَكَذَا وَكَذَا رَيْطَةً سَابِرِيَّةً. ذَرْعُهَا كَذَا وَكَذَا. وَيُسَمِّي لَهُمْ أَصْنَافاً مِنَ الْبَزِّ بِأَجْنَاسِهِ. وَيَقُولُ: اشْتَرُوا مِنِّي عَلَى هٰذِهِ الصِّفَةِ. فَيَشْتَرُونَ الْأَعْدَالَ عَلَى مَا وَصَفَ لَهُمْ. ثُمَّ يَفْتَحُونَهَا فَيَسْتَغْلُونَهَا وَيَنْدَمُونَ.

وقوله: فإذا نظروا إليه رأوه قبيحاً، يريد أنهم رأوه مع موافقة البرنامج من أقبح ما تقع عليه تلك الصفات التي تضمنها البرنامج، فإن الصفات قد تتفق، ويكون بعضها أمثل من بعض، ومثل هذا يعتري المرئي فقد يرى المتاع فيحسن عنده، ثم يراه مرة أخرى فيقبح عنده، ولا يثبت ذلك للمبتاع خياراً، انتهى[1].

(قال مالك، في الرجل يقدم) بفتح الدال **(له أصناف)** مختلفة **(من البز ويحضره السوام)** جمع سائم **(ويقرأ عليهم برنامجه، ويقول)** مثلاً **(في كل عدل)** خبر مقدم مبتدأه **(كذا وكذا ملحفة)** بكسر ميم فسكون لام ملاءة يلتحف بها **(بصرية)** بفتح الباء وكسرها نسبة إلى البصرة البلد المعروف وهذه صفتها **(وكذا وكذا ريطة)** بفتح الراء وسكون التحتية وفتح الطاء المهملة كل ملاءة ليست لفقتين أي قطعتين، والجمع رياط مثل كلبة وكلاب وريط، كتمرة وتمر، وقد يسمى كل ثوب رقيق ريطة **(سابِرِيَّةً)** ـ بسين مهملة فألف فموحدة مفتوحة ـ نوع رقيق من الثياب، قيل: إنه نسبة إلى سابرية كُوْرَةٌ من كور فارس، **(ذرعها)** أي مقدارها بالذراع **(كذا وكذا)** ذراعاً.

(ويسمي لهم) أي للسوام **(أصنافاً)** أخر **(من البز بأجناسه)** وصفاته **(ويقول: اشتروا مني على هذه الصفة)** التي ذكرتها، ولا بد من كون البيع مرابحة كما سيأتي **(فيشترون)** أي السوامُّ تلك **(الأعدال على)** وفق **(ما وصف لهم)** البائع **(ثم يفتحونها)** أي الأعدال **(فيستغلّونها)** أي يستكثرون ثمنها **(ويندمون)** على شرائهم.

---

(١) انظر: «المنتقى» (٥/ ٥٤).

قَالَ مَالِكٌ: ذٰلِكَ لَازِمٌ لَهُمْ إِذَا كَانَ مُوَافِقاً لِلْبَرْنَامِجِ الَّذِي بَاعَهُمْ عَلَيْهِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَهٰذَا الْأَمْرُ الَّذِي لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ النَّاسُ عِنْدَنَا. يُجِيزُونَهُ بَيْنَهُمْ. إِذَا كَانَ الْمَتَاعُ مُوَافِقاً لِلْبَرْنَامِجِ. وَلَمْ يَكُنْ مُخَالِفاً لَهُ.

(قال مالك) في الصورة المذكورة: إن **(ذلك)** البيع **(لازم لهم إذا كان المتاع)** أي ما في الأعدال **(موافقاً للبرنامج الذي باعهم عليه)** قال الباجي[(١)]: وهذا على ما قال: إن من قدم بأصناف من البز، فيقرأ برنامجه على السوام، ويذكر عدد ما في كل عِدل من ثيابه، وأجناسها، وذرعها، قال القاضي أبو محمد: ونوعها، وثمنها، قال الباجي: والذي عندي أنه يجب عليه أن يذكر مع الثمن ما يجب أن يذكره من الصفات في السلم، فإن وافق المتاع تلك الصفات، لزم المبتاع، وقال أبو محمد في بيع الأعيان الغائبة: إن الذي يحتاج إليه من ذكر الصفات، كل صفة مقصودة تختلف الأغراض باختلافها، وتتفاوت الأثمان لأجلها.

وقوله: اشتروا مني على هذه الصفة، يريد ـ والله أعلم ـ على وجه المرابحة، فأما إن باعه منهم على غير المرابحة، ففي «العتبية» من رواية ابن القاسم عن مالك: لا أحب ذلك، وهذا تدخله الخديعة، انتهى. وتقدم مذاهب الأئمة في ذلك في أول الباب.

(قال مالك: وهذا) الذي ذكر هو **(الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا)** بالمدينة المنورة **(يُجيزونه)** أي البيع على البرنامج **(بينهم إذا كان المتاع موافقاً للبرنامج)** يعني موافقاً لما كتب فيه **(ولم يكن)** المتاع **(مخالفاً له)** أي للبرنامج.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٥٤).

(٣٨) باب بيع الخيار

(٣٨) بيع الخيار

بكسر الخاء اسم من الاختيار أو التخيير، وهو طلب خير الأمرين من إمضاء البيع أو فسخه، كذا في «الفتح»[١]، ذكر في «الشرح الكبير»[٢] لابن قدامة: أن الخيار في المبيع على سبعة أقسام: **أحدها**: خيار المجلس، ويثبت في البيع. والصلح، والإجارة، والسبق، وغيرها، **الثاني**: خيار الشرط، وهو أن يشترط في العقد خيار مدة معلومة، **الثالث**: خيار الغبن، ويثبت في ثلاث صور في تلقي الركبان، والنجش، والمسترسل، وهو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة، **والرابع**: خيار التدليس بما يزيد الثمن كتصرية اللبن في الضرع، **والخامس**: خيار العيب، **السادس**: خيار يثبت في التولية والشركة والمرابحة والمواضعة، ولا بد في جميعها معرفة المشتري برأس المال، فيثبت فيها الخيار إذا أخبره بزيادة في الثمن، ونحو ذلك، **والسابع**: خيار يثبت لاختلاف المتبايعين في قدر الثمن.

والمعروف في كتب فقهاء الحنفية ثلاثة خيارات، خيار الشرط، والرؤية، والعيب، لكن في الشروح وغيرها أكثر من ذلك، فقد ذكرها ابن نجيم ثلاثة عشر.

وفي «الدر المختار»[٣] عن أحكام الفسوخ من «الأشباه»: أن الخيارات بلغت سبعة عشر، الثلاثة المذكورة، ٤ ـ وخيار تعيين بأن يشتري أحد الشيئين أو الثلاثة على أن يعين أياً شاء، ٥ ـ وخيار غبن في المرابحة، ٦ ـ وخيار نقد الثمن، ٧ ـ وخيار كمية، ٨ ـ وخيار استحقاق، ٩ ـ وخيارُ تغرير فعلي

---

(١) «فتح الباري» (٤/ ٣٢٦).

(٢) (٤/ ٦١).

(٣) (٥/ ٧٤).

١٣٧٥/٧٩ ـ **حدّثني** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ. مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ....

كالتصرية، وأما القولي، فقد دخل في الغبن، ١٠ ـ وخيار كشف حال، ١١ و١٢ ـ وخيار خيانة مرابحة، وتولية، ١٣ ـ وخيار فوات وصف مرغوب فيه، ١٤ ـ وخيار تفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع قبل القبض، ١٥ ـ وخيار إجازة عقد الفضولي، ١٦ و١٧ ـ وخيار ظهور المبيع مستأجراً أو مرهوناً، انتهى بزيادة من الشامي، وغيره.

وزاد في «الدر المختار» خيار الإقالة وخيار التحالف، فبلغت تسعة عشر، قال ابن عابدين عن «الأشباه»: وكلها يباشرها العاقدان إلا التحالف، فإنه لا ينفسخ به، وإنما يفسخه القاضي، وكلها تحتاج إلى الفسخ، ولا ينفسخ شيء منها بنفسه، انتهى.

وآل المالكية بهذه الخيارات إلى نوعين فقط، قال الدردير[1]: فصل في أحكام الخيار، وهو قسمان، خيار تروٍّ أي تأمل ونظر للبائعين أو لغيرهما، ويقال له: خيار شرطيٌّ، وهو الذي ينصرف له لفظ الخيار عند الإطلاق، وخيار نقيصة، وهو ما كان موجبه نقصاً في المبيع من عيب أو استحقاق، ويسمى الحكمي؛ لأنه جرّ إليه الحكم، انتهى بزيادة من الدسوقي، وذكر المصنف في الباب من ذلك ثلاثة خيارات، خيار الشرط، وخيار المجلس، وخيار اختلاف المتبايعين في قدر الثمن.

١٣٧٥/٧٩ ـ **(مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: المتبايعان)** تثنية متبايع، وفي رواية لغير مالك «البيّعان» تثنية بَيِّع **(كل واحد منهما)** مبتدأ محكوم له **(بالخيار على صاحبه)** خبر، والجملة خبر لقوله: المتبايعان **(ما لم يتفرقا)**.

---

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ٩١).

....

قال الباجي[١]: اختلف العلماء في تأويله، فذهب مالك إلى أن المتبايعين هما المتساومان؛ لأن المتبايعين إنما يوصفان بذلك حقيقة حين مباشرة البيع ومحاولته، ولذلك روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يَبعْ بعضكم على بيع بعض» يريد ـ والله أعلم ـ لا يَسُمْ على سومه، فعلى هذا يكونان بالخيار ما لم يتفرقا بالقول، ومعنى تفرقهما على هذا كمال البيع بإتمام الإيجاب والقبول، ويكون معناه أن تفرقهما قد حصل بأن استبدّ المبتاع بما ابتاعه والبائع بثمنه.

وقد يكون التفرق بالانحياز إلى المعاني والتباين فيها، قال تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ ۝٤﴾[٢] يريد ـ والله أعلم ـ تفرقهم في الأديان، فعلى هذا يكون معنى الحديث المتساومان لهما الخيار ما لم يكملا البيع، وبهذا قال أبو حنيفة والنخعي وربيعة بن أبي عبد الرحمن، وذهب ابن حبيب إلى أن المتبايعين هما من قد وجد منهما التبايع، وانقضى بينهما بإتمام الإيجاب والقبول، وأنهما قبل ذلك لا يوصفان بأنهما متبايعان.

ومعنى «ما لم يتفرقا» بالأبدان، فيكون معنى الحديث على ذلك أنهما بالخيار بعد وجود الإيجاب والقبول ما داما في المجلس، وبهذا قال الشافعي، وهو مذهب ابن عمر وابن المسيب والحسن البصري، والدليل على ما نقوله أن هذا عقد معاوضة فلم يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح، انتهى.

وقال الموفق[٣]: في هذه المسألة يعني خيار المجلس ثلاثة فصول: **أحدها**: أن البيع يقع جائزاً، ولكل واحدٍ من المتبايعين الخيار في فسخ البيع

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٥٥).

(٢) سورة البينة: الآية ٤.

(٣) «المغني» (٦/ ١٠).

....

ماداما مجتمعين ولم يتفرقا، وهو قول أكثر أهل العلم، ويروى ذلك عن عمر وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وأبي برزة، وبه قال ابن المسيب وشريح والشعبي وعطاء وطاووس والزهري والأوزاعي وابن أبي ذئب والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور.

وقال مالك، وأصحاب الرأي: يلزم العقد بالإيجاب والقبول ولا خيار لهما؛ لأنه روي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ البيع صفقة أو خيار، ولنا، ما روى ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً، أو يُخَيّرُ أحدُهما الآخر، فإن خَيّر أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع» متفق عليه، وبسط الكلام على طرق الحديث، والجواب عن القائلين بتفرق الأبدان.

ثم قال: **الفصل الثاني**: أن البيع يلزم بتفرقهما لدلالة الحديث عليه، ولا خلاف في لزومه بعد التفرق، والمرجع في التفرق إلى عُرف الناس وعادتهم فيما يعدّونه تفرقاً؛ لأن الشارع عَلّق عليه حكماً، ولم يُبَيِّنْه، فدل ذلك على أنه أراد ما يعرفه الناس، فإن كانا في واسع كالمسجد الكبير والصحراء، فبأن يمشي أحدهما مستدبراً لصاحبه خطوات، وقيل: هو أن يبعد منه بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة، وهذا كله مذهب الشافعي.

الفصل الثالث: أن ظاهر كلام الخرقي أن الخيار يمتدُّ إلى التفرق، ولا يبطل بالتخاير قبل العقد ولا بعده، وهو إحدى الروايتين عن أحمد؛ لأن أكثر الروايات عن النبي ﷺ: «البَيِّعان بالخيار ما لم يتفرقا»، من غير تقييد ولا تخصيص، والرواية الثانية أن الخيار يبطل بالتخاير، وهو مذهب الشافعي، وهو أصح لقول النبي ﷺ في حديث ابن عمر، «فإن خيّر أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع» يعني لزم، والأخذ بالزيادة أولى، والتخاير في ابتداء العقد وبعده في المجلس واحد.

....

فالتخاير في ابتدائه أن يقول: بعتك، ولا خيار بيننا، ويقبل الآخر على ذلك، فلا يكون لهما خيار، والتخاير بعده أن يقول كل واحد منهما بعد العقد: اخترت إمضاء العقد أو اخترت العقد أو أسقطت خياري، فيلزم العقد من الطرفين، وإن اختار أحدهما دون الآخر، لزم في حقه وحده، كما لو كان خيار الشرط لهما، فأسقط أحدهما خياره دون الآخر، وقال أصحاب الشافعي: في التخاير في ابتداء العقد قولان، أظهرهما لا يقطع الخيار؛ لأنه إسقاط للحق قبل سببه، فلم يجز كخيار الشفعة، وعلى هذا هل يبطل العقد بهذا الشرط على وجهين، بناء على الشروط الفاسدة، انتهى.

قلت: والأوجه عندي في معنى الحديث إن كان صحيحاً فمن الله، وإن كان خطأ فمني ومن الشيطان، أن المراد بالتفرق هو التفرق بالأبدان، والمراد بالمتبايعين المتساومان، والحديث من باب خيار القبول في المجلس، والمعنى أن كل واحد منهما بالخيار إلى المجلس، البائع في النكول عن الإيجاب، والمشتري في القبول، فإذا انقضى المجلس فلم يبق الإيجاب ولا حق القبول، فتأمل.

ثم رأيت الحافظ[1] قد حكاه عمن سلف ـ فللّه الحمد والمنة ـ، فقال: وقالوا: وقت التفرق في الحديث هو ما بين قول البائع: قد بعتُك، وبين قول المشتري: اشتريتُ، قالوا: فالمشتري بالخيار في قوله: اشتريت، أو تركه، والبائع بالخيار إلى أن يوجب المشتري، هكذا حكاه الطحاوي عن عيسى بن أبان منهم، وحكاه ابن خويز منداد عن مالك، انتهى.

قال ابن عبد البر[2]: أجمع العلماء على ثبوت هذا الحديث، وقال به أكثرهم، وردّه مالك وأبو حنيفة وأصحابهما ولا أعلم أحداً ردّه غيرهم، وقال بعض المالكية: دفعه مالك بإجماع أهل المدينة على ترك العمل به، وذلك

(١) انظر: «فتح الباري» (٤/ ٣٣١).

(٢) انظر: «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٢١).

إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ».

أخرجه البخاريّ في: ٣٤ ـ كتاب البيوع، ٤٤ ـ باب البيّعان بالخيار ما لم يتفرقا. ومسلم في: ٢١ ـ كتاب البيوع، ١٠ ـ باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، حديث ٤٣.

عنده أقوى من خبر الواحد، وقيل: لا تصح هذه الدعوى؛ لأن ابن المسيب وابن شهاب روي عنهما العمل به، وهما من أجل فقهاء المدينة، ولم يرو عن أحد من أهلها نصاً ترك العمل به إلا عن مالك وربيعة بخلف عنه، وفي قوله: لا أعلم من ردَّه غيرُهم قصورٌ كبيرٌ من مثله، فقد نقل عياض وغيره عن معظم السلف وأكثر أهل المدينة وفقهائها السبعة، وقيل: إلا ابن المسيب، وقيل: له قولان، ونقل ابن التين عن أشهب أنه مخالف لعمل أهل مكة أيضاً، وتُعُقِّبَ بأنه لا يعرف عن أحد منهم القول بخلافه، وقد قال به عطاء وطاووس وغيرهما من أهل مكة إلى آخر ما بسط في ذلك الزرقاني والحافظ في «الفتح».

(إلا بيع الخيار) مستثنى من قوله: ما لم يتفرقا، قال الباجي[1]: يقتضي ـ والله أعلم ـ على تأويل مالك وأصحابه إلا أن يشترط أحدهما الخيار على صاحبه مدة مقررة، ولا يقدر الخيار بمدة يقتضي فيها بالواجب، فيكون الاستثناء على هذا أنهما بالخيار ما لم يتفرقا، فإنه لا خيار بينهما بعد التفرق إلا في بيع الخيار، ومعناه على تأويل ابن حبيب، أن كل واحد منهما بالخيار ما داما في المجلس، إلا بيع الخيار، وذلك أن يقول أحدهما لصاحبه: اختر الإمضاء أو الرد فيختار فينقطع بذلك الخيار.

واللفظ في الأول أظهر من وجهين: أحدهما: أن بيع الخيار إذا أطلق في الشرع، فإنه يفهم منه إثبات الخيار فيه لا قطعه، والثاني: إذا قال له بعد كمال العقد: أَجِزْ أو رُدَّ، لا يجب أن يوصف بذلك البيع بأنه بيع خيار؛ لأن قطع الخيار إنما يطرأ بعد كمال العقد، وعلى تأويل مالك يوصف بيعها بأنه بيع

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٥٥).

....

خيار؛ لأنه مشترط فيه، ومنعقد على حكمه، انتهى.

وقال النووي[١]: أما قوله ﷺ: إلا بيع الخيار، ففيه ثلاثة أقوال؛ ذكرها أصحابنا وغيرهم من العلماء، **أصحّها**: التخيير بعد تمام العقد قبل مفارقة المجلس، وتقديره يثبت لهم الخيار ما لم يتفرَّقا إلا أن يتخايرا في المجلس، ويختارا إمضاء البيع، فيلزم البيع بنفس التخاير، ولا يدوم إلى المفارقة.

القول الثاني: [أن معناه] إلا بيعاً شرط فيه خيار الشرط ثلاثة أيام أو دونها، فلا ينقضي الخيار فيه بالمفارقة، بل يبقى بعده، حتى تنقضي المدة المشروطة.

والثالث: معناه إلا بيعاً شرط فيه أن لا خيار لهما في المجلس، فيلزم البيع بنفس البيع، ولا يكون فيه خيار، وهذا تأويل من يصحح البيع على هذا الوجه، والأصح عند أصحابنا بطلانه بهذا الشرط، انتهى. كذا في «البذل»[٢]، والقائلون بتصحيح البيع على هذا الشرط الحنابلة، كما تقدم في كلام «المغني».

وأما خيار الشرط، فقد قال ابن رشد[٣]: النظر في أصول هذا الباب، أما أولاً فهل يجوز أم لا؟ وإن جاز فكم مدة الخيار؟، وهل يشترط النقد فيه أم لا؟ وممن ضمان المبيع في مدة الخيار؟، وهل يورث الخيار أم لا؟ ومن يصح خياره ممن لا يصح؟ وما يكون من الأفعال خياراً كالقول؟ انتهى. فهذه سبع مسائل في أصول هذا الباب، بسط الكلام على أكثرها ابن رشد، فارجع إليه لو شئت التفصيل، وسيأتي ذكر بعضها في كلام المصنف أيضاً.

---

(١) «شرح صحيح مسلم للنووي» (٥/ ١٠/ ١٧٤).

(٢) انظر: «بذل المجهود» (١٥/ ١٢٦).

(٣) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٠٩).

قَالَ مَالِكٌ: وَلَيْسَ لِهٰذَا عِنْدَنَا حَدٌّ مَعْرُوفٌ. وَلَا أَمْرٌ مَعْمُولٌ بِهِ فِيهِ.

أما جواز شرط الخيار، فقد قال ابن رشد: أما الجواز فعليه الجمهور، إلا الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل الظاهر، وعمدة الجمهور حديث الباب، وحديث حبان بن منقذ، وفيه: «ولك الخيار ثلاثاً»، وعمدة من منعه أنه غرر، وأن الأصل هو اللزوم في البيع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله وسنة ثابتة أو إجماع.

قالوا: وحديث حبان، إما أنه ليس بصحيح، وإما أنه خاص لما شُكِيَ إليه ﷺ أنه يخدع في البيوع، وأما حديث ابن عمر وقوله فيه: إلا بيع الخيار، فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ، وهو ما ورد فيه من لفظ آخر، وهو أن يقول أحدهما لصاحبه: اختر، انتهى.

والجملة أن الجمهور منهم الأئمة الأربعة على جواز خيار الشرط في البيع، حتى حكى بعضهم الإجماع على ذلك، ففي «الشرح الكبير» لابن قدامة: لا نعلم خلافاً في ثبوت خيار الشرط في البيع الذي لا يشترط فيه القبض في المجلس، انتهى.

(قال مالك: وليس لهذا) أي لخيار الشرط **(عندنا حدٌّ معروفٌ)** لا يجوز الزيادة عليه، كما حَدَّه بعضهم بثلاثة أيام فقط **(ولا)** ذاك، أي التحديد **(أمر معمول به)** أي عمل به العلماء المدنيون **(فيه)** أي في خيار الشرط، وهذه هي المسألة الثانية من المسائل المذكورة في كلام ابن رشد، فقال[1]: وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه، فرأى مالك أن ذلك ليس له قدر محدود في نفسه، وأنه إنما يتقدَّر بقدر الحاجة إلى اختلاف المبيعات، وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات، فقال: مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب، والجمعة

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٠٩).

....

والخمسة الأيام في اختيار الجارية، والشهر ونحوه في اختيار الدار.

وبالجملة فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع، وقال الشافعي وأبو حنيفة: أجل الخيار ثلاثة أيام، لا يجوز أكثر من ذلك، وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد: يجوز الخيار لأيّ مدةٍ اشترطت، وبه قال داود، انتهى.

وترجم البخاري في «صحيحه»: «كم يجوز الخيار؟» قال الحافظ[١]: الترجمة معقودة لبيان مقداره وليس في حديثي الباب بيان لذلك، قال ابن المنير: لعله أخذ من عدم تحديده في الحديث أنه لا يتقيد، بل يفوض الأمر فيه إلى الحاجة لتفاوت السلع في ذلك، قال الحافظ: وقد روى البيهقي[٢] عن ابن عمر مرفوعاً: «الخيار ثلاثة أيام»، وكأنه مختصر من الحديث الذي أخرجه أصحاب السنن في قصة حبان بن منقذ، وبه احتجّ للحنفية والشافعية في أن أمد الخيار ثلاثة أيام، وأنكر مالك التوقيت في خيار الشرط ثلاثة أيام بغير زيادة، وإن كانت في الغالب يمكن الاختيار فيها، لكن لكل شيء أمد بحسبه يتخير فيه، فللدابة مثلاً وللثوب يوم أو يومان، وللجارية جمعة، وللدار شهر، وقال الأوزاعي: يمتدُّ الخيار شهراً وأكثر بحسب الحاجة إليه، وقال الثوري: يختص الخيار بالمشتري ويمتد إلى عشرة أيام وأكثر، ويقال: إنه انفرد بذلك، وقد صح القول بامتداد الخيار عن عمر وغيره، انتهى.

وقال الموفق[٣]: يجوز الخيار ما يتفقان عليه من المدة المعلومة، قلّت أو كثُرت، وبذلك قال أبو يوسف ومحمد وابن المنذر، وحكي ذلك عن

---

(١) انظر: «فتح الباري» (٤/ ٣٢٦).
(٢) «السنن الكبرى» (٥/ ٢٧٤).
(٣) «المغني» (٦/ ٣٨).

....

الحسن بن صالح والعنبري وابن أبي ليلى وإسحاق وأبي ثور، وأجازه مالك فيما زاد على الثلاث بقدر الحاجة مثل قرية لا يصل إليها في أقل من أربعة أيام؛ لأن الخيار لحاجته فيقدر بها، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز أكثر من ثلاث لما روي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان، جعل له الخيار ثلاثة أيام، إن رضي أخذ، وإن سخط ترك، ولأن الخيار ينافي مقتضى البيع؛ لأنه يمنع الملك واللزوم، وإنما جاز لموضع الحاجة، فجاز القليل منه، وآخر حد القلة ثلاث، قال تعالى: ﴿تَمَتَّعُواْ فِي دَارِكُمْ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ﴾ بعد قوله: ﴿فَيَأْخُذَكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ﴾.

ولنا، أنه حق يعتمد الشرط، فرجع في تقديره إلى مشترطه كالأجل، ولا يثبت عندنا ما روي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ، وقد روي عن أنس ـ رضي الله عنه ـ خلافه، وتقدير مالك بالحاجة لا يصحّ، فإن الحاجة لا يمكن ربط الحكم بها لخفائها واختلافها، وإنما يربط بمظِنَّتِهَا، وهو الإقدام، فإنه يصلح أن يكون ضابطاً، انتهى.

قال الباجي[1]: الخيار بقدر ما يحتاج إليه من مدة النظر إليه، والاختيار له، والسؤال عنه مع تسرع استحالة المبيع وإبطاء ذلك، ففي «المدونة»: هو في الدار الشهر ونحوه، وفي «الواضحة» عن ابن الماجشون: الشهر والشهران، ووجهه أنه يحتاج من النظر إلى حيطانها وأسسها ومرافقها واختبار جيرانها ومكانها إلى ما يحتاج فيه إلى المهلة مع كونها مأمونة لا تسرع إليها الاستحالة، ثم هكذا ذكر الوجوه في العبد والدابة والثوب وغيرها، ثم ليس المراد بقول مالك أنه لا يُحَدُّ في خيار الشرط بحدٍّ، بل المعنى أنه لا توقيت في تحديده، أما إذا شرط الخيار بدون التحديد، فجواز البيع مختلف فيه عند الأئمة.

(١) «المنتقى» (٥/ ٥٦).

١٣٧٦/ ٨٠ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ كَانَ يُحَدِّثُ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا بَيِّعَيْنَ تَبَايَعَا. فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ. أَوْ يَتَرَادَّانِ».

قال الباجي: إذا شرط الخيار، ولم يقرر المدة لم يبطل البيع، وحكم في ذلك بمقدار ما تختبر به تلك السلعة في غالب العادة، وقال أبو حنيفة والشافعي: يبطل العقد، والدليل على ما نقوله أن هذا الخيار له قدر في الشرع، وذلك قدر الحاجة إليه في كل نوع من المبيع، فإذا أخلى بذكره، فقد دخلا على المعروف، انتهى.

وقال الموفق[1]: إذا شرطا الخيار أبداً، أو متى شِئنا، أو قال أحدهما: وَلي الخيار، ولم يذكر مدته، أو شرطاه إلى مدة مجهولة، كقدوم زيد أو مشاورة إنسان، ونحو ذلك، لم يصحّ في الصحيح من المذهب، وهو مذهب الشافعي، وعن أحمد أنه يصح، وهما على خيارهما أبداً، أو يقطعاه، أو تنتهي مدته إن كان مشروطاً إلى مدةٍ، وهو قول ابن شُبْرُمة، وقال مالك: يصِحُّ، وتُضْرب لهما مدةٌ يُخْتَبَرُ المبيع في مثلها في العادة؛ لأن ذلك مُقَدَّرٌ في العادة، فإذا أطلقا، حُمِل عليه، وقال أبو حنيفة: إن أسقطا الشرط قبل مضي الثلاث أو حذفا الزائد عليها وبينا مدته، صحّ؛ لأنهما حذفا المفسد قبل اتصاله بالعقد، فوجب أن يصح، كما لو لم يشترطاه، انتهى.

١٣٧٦/ ٨٠ ـ **(مالك أنه بلغه)** وقد روي موصولاً بطرق يأتي ذكرها **(أن عبد الله بن مسعود كان يُحَدِّثُ أن رسول الله ﷺ قال: أيما)** زيدت ما على لفظ أيّ لزيادة التعميم، قاله الكرماني **(بَيِّعَيْن)** بفتح الموحدة وتشديد التحتية تثنية بَيِّع **(تبايعا)** ثم تختلفا **(فالقول ما قال البائع أو يترادّان)**، يردّ هذا المبيع وهذا الثمن، قال ابن عبد البر[2]: جعل مالك حديث ابن مسعود كالمفسِّر لحديث

(١) «المغني» (٦/ ٤٣).

(٢) انظر: «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٢٢)، و«الاستذكار» (٢٠/ ٢٢٠).

. . . .

ابن عمر إذ قد يختلفان قبل الافتراق، والترادّ إنما يكون بعد تمام البيع، فكأنه عنده منسوخ؛ لأنه لم يدرك العمل عليه، وقد ذكر له حديث ابن عمر فقال: لعله مما ترك ولم يعمل به، قال: وحديث ابن مسعود منقطع لا يكاد يتصل، خرجه أبو داود[١] وغيره بأسانيد منقطعة، انتهى. وسبقه إلى ذلك الترمذي.

ففي «المحلى»: هذا حديث مرسل عن مالك، وصله الشافعي والترمذي[٢] من طريق ابن عون عن ابن مسعود، قال الترمذي: مرسل، وعون لم يدرك ابن مسعود، وروى الإمام أبو حنيفة في «مسنده»[٣] عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه عن جده أن الأشعث بن قيس اشترى من ابن مسعود من رقيق الإمارة، فتقاضاه عبد الله، فقال الأشعث: اشتريتُ منك بعشرة آلاف درهم، وقال عبد الله: بعت بعشرين ألفاً، فقال عبد الله: اجعل بيني وبينك رجلاً، فقال الأشعث: فإني أجعلك بيني وبين نفسك، قال عبد الله: فإني سأقضي بيني وبينك بقضاء سمعته من رسول الله ﷺ يقول: «إذا اختلف البيعان ولم تكن بَيِّنَةٌ لهما، فالقول ما قال البائع أو يترادّان البيع». وروى أصحاب السنن الأربعة نحوه.

وللدارمي وابن ماجه[٤] من طريق ابن أبي ليلى عن القاسم عن أبيه عن عبد الله قال: سمعته ﷺ يقول: «البيعان إذا اختلفا والمبيع قائم فالقول ما قال البائع أو يترادان» قال المنذري: روي هذا الحديث من طرق عن ابن مسعود كلها لا يثبت، وقال ابن الجوزي في «التحقيق»: أحاديث هذا الباب فيه مقال، لكن قال صاحب «التنقيح»: والذي يظهر لي أن الحديث بمجموع طرقه له أصل، بل حديث حسن، انتهى.

---

(١) أخرجه أبو داود في «البيوع» (٣٥١١) باب «إذا اختلف البيّعان والمبيع قائم» (٣/ ٢٨٥).

(٢) «سنن الترمذي» (١٢٧٠).

(٣) (ص١٢٨).

(٤) أخرجه الدارمي (٢٥٤٩)، وابن ماجه (٢١٨٦).

قَالَ مَالِكٌ، فِيمَنْ بَاعَ مِنْ رَجُلٍ سِلْعَةً. فَقَالَ الْبَائِعُ عِنْدَ مُوَاجَبَةِ الْبَيْعِ: أَبِيعُكَ عَلَى أَنْ أَسْتَشِيرَ فُلَاناً. فَإِنْ رَضِيَ فَقَدْ جَازَ الْبَيْعُ. وَإِنْ كَرِهَ فَلَا بَيْعَ بَيْنَنَا. فَيَتَبَايَعَانِ عَلَى ذٰلِكَ. ثُمَّ يَنْدَمُ الْمُشْتَرِي قَبْلَ أَنْ يَسْتَشِيرَ الْبَائِعُ فُلَاناً: إِنَّ ذٰلِكَ الْبَيْعَ لَازِمٌ لَهُمَا. عَلَى مَا وَصَفَا. وَلَا خِيَارَ لِلْمُبْتَاعِ. وَهُوَ لَازِمٌ لَهُ. إِنْ أَحَبَّ الَّذِي اشْتَرَطَ لَهُ الْبَائِعُ أَنْ يُجِيزَهُ.

وقد بسط الكلام على طرقه في هامش «مسند أبي حنيفة»، وقد عرفت ما قال ابن عبد البر: إن هذا الحديث بمنزلة التفسير لابن عمر ـ رضي الله عنه ـ.

والأوجه عندي أن الإمام مالكاً ـ رحمه الله ـ ذكره في هذا الباب لما أن فيه خيار التحالف، وهو الخيار السابع من «الشرح الكبير»، والتاسع عشر من «الدر المختار» في الخيارات المذكورة في أول الباب، وسيأتي الفقه في ذلك في القول الثاني لمالك الآتي قريباً.

(قال مالك فيمن) أي في حكم رجل **(باع من رجل)** أي بيده **(سلعة، فقال البائع عند مواجبة البيع)** أي عند لزومه **(أبيعك)** هذه السلعة **(على)** شرط **(أن أستشير فلاناً)** رجلاً سماه زيداً مثلاً **(فإن رضي)** زيد **(فقد جاز البيع)** أي يكون نافذاً بيننا **(وإن كره)** زيد هذا البيع **(فلا بيع بيننا)** فرضي بذاك المشتري **(فيتبايعان على ذلك)** الشرط **(ثم يندم المشتري)** على شرائه **(قبل أن يستشير البائع فلاناً)** أي زيداً.

فقال مالك في هذه الصورة: **(إن ذلك البيع)** الذي ذكر **(لازم لهما على)** شرط **(ما وصفا)** وهو أن للبائع خيار الاستشارة **(ولا خيار للمبتاع)** إذ لم يجعل هو لنفسه خياراً عند مواجبة البيع **(وهو)** البيع **(لازم له)** أي للمشتري **(إن أحبّ)** البائع **(الذي اشترط له)** أي لنفسه **(الخيار)** هكذا في النسخ الهندية، وفي النسخ المصرية بدله: إن أحبَّ الذي اشترط له البائع، فيكون ضمير «أحَبَّ» وضمير المجرور في «له» كلاهما إلى زيد المستشار **(أن يجيزه)**.

....

قال الباجي[١]: وهذا على ما قاله: إن البائع له أن يشترط مشورة فلان وخياره وكذلك المبتاع، خلافاً لأحمد، وأحد وجهي أصحاب الشافعي، والدليل على ذلك أن الخيار وضع لتأمل المبيع واختباره، وقد يكون هو ممن لا يبصر، فيشترط خيار غيره أو يكون هو يبصر، ويشترط استعانته به، وهذا إذا كان المشترط مشورته واختياره حاضراً أو قريب الغيبة، وإن كان بعيد الغيبة فسد البيع، فإذا باع البائع واشترط مشورة فلان، فإن ذلك يلزم المبتاع، وللبائع أن يمضي البيع أو يردّه قبل نظر فلان المذكور.

وكذلك من ابتاع على أن يستأمر فلاناً، فقد قال مالك: للمبتاع أن يردَّ البيع، ولا يستأمر هذا، وبسط الباجي اختلاف أصحابهم في أن مشورة فلان ولفلان الخيار سواء في الحكم أم لا؟ وفي أنه يجوز ذلك لأجنبي أم لا بد للخيار لأحد المتعاقدين؟ وهي المسألة السادسة من مسائل الأصول التي ذكرها ابن رشد.

فقال[٢]: إنهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين، واختلفوا في اشتراط خيار الأجنبي، فقال مالك: يجوز ذلك، وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يجوز إلا أن يُوَكِّله الذي جعل له الخيار، ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد، وهو قول أحمد، وللشافعي قول آخر مثل قول مالك، وبقول مالك قال أبو حنيفة، واتفق المذهب على أن الخيار للأجنبي إذا جعله له المتبايعان، وأن قوله لازم لهما.

واختلف المذهب إذا جعله أحدهما، فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار أو المشتري، ومن جعل له المشتري الخيار، فقيل: القول في الإمضاء

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٥٩).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/ ٢١٢).

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي السِّلْعَةَ مِنَ الرَّجُلِ. فَيَخْتَلِفَانِ فِي الثَّمَنِ. فَيَقُولُ الْبَائِعُ: بِعْتُكَهَا بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ. ....

والرد قول الأجنبي، سواء اشترط خياره البائع أو المشتري، وقال عكس هذا القول من جعل خياره ههنا كالمشورة، وقيل: بالفرق بين البائع والمشتري، أي القول في الإمضاء والرد قول البائع دون الأجنبي، وقول الأجنبي دون المشتري إن كان المشتري هو مشترط الخيار، وقيل: غير ذلك، كما بسطه ابن رشد.

وقال الموفق[١]: إن شرط الخيار لأجنبي صحَّ، وكان اشتراطاً لنفسه وتوكيلاً لغيره، وهذا قول أبي حنيفة ومالك، وللشافعي قولان؛ أحدهما لا يصحّ، وكذلك قال القاضي؛ لأن الخيار شرطٌ لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين بنظره، فلا يكون لمن لا حظ له فيه، وإن جعل الأجنبي وكيلاً صح، ولنا، أن الخيار يعتمدُ شرطهما، ويُفَوِّضُ إليهما، وقد أمكن تصحيح شرطهما وتنفيذ تصرفهما على الوجه الذي ذكرناه، فلا يجوز إلغاؤه مع إمكان تصحيحه، لقول النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم»[٢].

فعلى هذا يكون لكل واحد من المشترط ووكيله الذي اشترط الخيار له الفسخ، ولو قال: بعتك على أن أستأمر فلاناً، وحدّد ذلك بوقت معلوم، فهو خيار صحيح، وله الفسخ قبل أن يستأمره؛ لأنا جعلنا ذلك كناية عن الخيار، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وإن لم يضبطه بمدة معلومة فهو خيار مجهول حكمه حكمه، انتهى.

(قال مالك: الأمر عندنا في الرجل يشتري السلعة من الرجل) الآخر **(فيختلفان في الثمن)** قبل قبض السلعة **(فيقول البائع: بعتكها بعشرة دنانير،**

---

(١) «المغني» (٦/ ٤٠).

(٢) أخرجه البخاري في: باب أجر السمسرة، من كتاب الإجارة. «عمدة القاري» (٨/ ٦٢٤)، وأبو داود (٣٥٩٤).

وَيَقُولَ الْمُبْتَاعُ ابْتَعْتُهَا مِنْكَ بِخَمْسَةِ دَنَانِيرَ. إِنَّهُ يُقَالُ لِلْبَائِعِ: إِنْ شِئْتَ فَأَعْطِهَا لِلْمُشْتَرِي بِمَا قَالَ. وَإِنْ شِئْتَ فَاحْلِفْ بِاللَّهِ مَا بِعْتُ سِلْعَتَكَ إِلَّا بِمَا قُلْتُ. فَإِنْ حَلَفَ قِيلَ لِلْمُشْتَرِي: إِمَّا أَنْ تَأْخُذَ السِّلْعَةَ بِمَا قَالَ الْبَائِعُ. وَإِمَّا أَنْ تَحْلِفَ بِاللَّهِ مَا اشْتَرَيْتَهَا إِلَّا بِمَا قُلْتَ. فَإِنْ حَلَفَ بَرِئَ مِنْهَا. وَذٰلِكَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعٍ عَلَى صَاحِبِهِ.

ويقول المبتاع: ابتعتها منك بخمسة دنانير) مثلاً، فقال مالك في هذه الصورة: **(إنه يقال للبائع)** أولاً **(إن شئت)** بصيغة الخطاب **(فأعطها)** أي السلعة **(المشتري بما قال)** وهو خمسة دنانير **(وإن شئت فاحلف بالله ما بعتُ)** بصيغة المتكلم **(سلعتك)** التي اشتريتها **(إلا بما قلت)** بصيغة المتكلم، وهو عشرة دنانير **(فإن حلف)** البائع **(قيل)** بعد ذلك **(للمشتري إما أن تأخذ السلعة بما قال البائع)** أي بعشرة دنانير **(وإما أن تحلف بالله ما اشتريتها إلا بما قلت)** أي بخمسة دنانير.

(فإن حلف) المشتري أيضاً **(برئ)** المشتري **(منها)** أي السلعة **(وذلك)** أي وجه حلفهما جميعاً **(أن كل واحد منهما مدّع على صاحبه)** فيبدأ بالبائع، وقيل: يبدأ المبتاع، وهو شذوذ، وبالأوّل قال أبو حنيفة والشافعي، فإن اختلفا بعد قبض السلعة وقبل فواتها تحالفا وتفاسخا، رواه ابن القاسم وأشهب، فإن فاتت بزيادة أو نقص أو حوالة سوق، فالقول قول المبتاع، رواه ابن القاسم، قاله الزرقاني[(١)].

وبسط ذلك الباجي[(٢)]، فقال: ذلك على ثلاثة أحوال: **أحدها**: أن يختلفا قبل القبض، **والثاني**: أن يختلفا بعد القبض قبل فوات السلعة، **والثالث**: أن يختلفا بعد فوات السلعة، أما إن اختلفا قبل أن يقبض المبتاع السلعة، فهي المسألة التي تكلم عليها مالك في أصل الكتاب، فإذا حلفا لم يلزم أحدهما ما حلف عليه الآخر، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٢٣).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٦٠).

....

ووجه ذلك أن كل واحد منهما مدَّعٍ ومدَّعَى عليه، فلم يكن دعوى أحدهما بأظهر من دعوى الآخر، لكن قدِّم البائع بالتخيير بين التسليم أو اليمين؛ لأن ملكه أقدم من ملك المبتاع والإيجاب الذي من جهته قبل القبول الذي من جهة المشتري، أما إذا اختلفا بعد قبض السلعة وقبل فواتها، فالذي رواه أشهب وابن القاسم عن مالك أنهما يتحالفان ويتفاسخان، وروى ابن وهب عن مالك أن القول قول المبتاع.

وفي «كتاب ابن المواز»: لم يختلف قول مالك قبل التفرق أنهما يتحالفان ويتفاسخان، واختلف قوله إذا تفرقا، ووجه رواية ابن القاسم أن السلعة باقية على صفتها، فكان حكمها أن يتحالفا ويتفاسخا، ووجه رواية ابن وهب أن جنبة المشتري قد قويت بالقبض، ولليد تأثير في ثبوت الأيمان في جنبة ذي اليد، وأما إذا فاتت السلعة بزيادة أو نقصان أو حوالة أسواق، فروى ابن القاسم عن مالك أن القول قول المبتاع، وبه قال أبو حنيفة، وروى أشهب عن مالك أنهما يتحالفان أبداً، وإن تلفت السلعة، وبه قال الشافعي.

وجه رواية ابن القاسم أن التحالف قبل الفوات يوجب الفسخ في عين السلعة، وردّ عينها إلى البائع، وذلك متعذر بعد تلفها، وإنما يردُّه بدلها، وهو القيمة، فيقرر بها من ذلك أن المبتاع غارم لما تعلق بذمته، ومن كان هذا حكمه فالقول قوله، ووجه رواية أشهب أن هذه إحدى حالتي السلعة، فوجب إذا اختلف متبايعاها في الثمن أن يتحالفا ويتفاسخا كحالة الوجود، انتهى.

قال الخرقي: إذا باع شيئاً واختلفا في ثمنه تحالفا، فإن شاء المشتري أخذه بعد ذلك بما قال البائع، وإلا انفسخ البيع بينهما، قال الموفق[1]: إذا اختلفا والسلعة قائمة، ولأحدهما بَيِّنَةٌ حكم بها، وإن لم يكن لهما بيّنة تحالفا،

---

(١) «المغني» (٦/ ٢٧٨).

....

وبهذا قال شريح وأبو حنيفة والشافعي ومالك في رواية، وعنه: القول قول المشتري مع يمينه، وبه قال أبو ثور وزفر؛ لأن البائع يدّعِي زيادة ينكرها المشتري، والقول قول المنكر، وقال الشعبي: القول قول البائع أو يترادّان البيع، وحكاه ابن المنذر عن أحمد، والمشهور في المذهب الأول، ويحتمل أن يكون معنى القولين واحداً، وأن القول قول البائع مع يمينه، فإذا حلف فرضي به المشتري أخذ به، وإن أبى حلف أيضاً. وفسخ البيع بينهما؛ لأن في بعض ألفاظ حديث ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا» ثم المبتدئ باليمين البائع، فيحلف: ما بعتُه بعشرة، وإنما بعتُه بعشرين، فإن شاء المشتري أخذه بما قال البائع، وإلا يحلف: ما اشتريتُه بعشرين، وإنما اشتريتُه بعشر، وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: يبتدئ بيمين المشتري؛ لأنه منكر، واليمين في جنبته أقوى، ولنا، قول النبي ﷺ: «فالقول ما قال البائع والمشتري بالخيار» رواه أحمد(١)، ومعناه، إن شاء أخذ وإن شاء حلف، وإن حلفا جميعاً لم ينفسخ البيع بنفس التحالف؛ لأنه عقد صحيح وتعارضهما لا يفسخه، كما لو أقام كل واحد منهما بينة بما ادَّعاه، لكن إن رضي أحدهما بما قال صاحبه أقرَّ العقد بينهما، وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما الفسخ، هذا ظاهر كلام أحمد.

ويحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم، وهو ظاهر مذهب الشافعي؛ لأن العقد صحيح وأحدهما ظالم فيفسخه الحاكم، ولنا، قوله ﷺ: «أو يترادّان البيع»، وظاهره استقلالهما بذلك، وفي القصة أن ابن مسعود باع الأشعث، الحديث. وفي آخره: فالقول قول البائع أو يترادّان البيع، قال: فإني أرُدُّ البيع، رواه سعيد عن هشيم عن ابن أبي ليلى عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابن مسعود، وفي لفظ: «ثم كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك» وهذا

---

(١) «المسند» (١/ ٤٦٦).

....

ظاهر في أنه يفسخ من غير حاكم، وإن كانت السلعة تالفة، واختلفا في ثمنها بعد تلفها. فعن أحمد فيه روايتان: إحداهما: يتحالفان مثل لو كانت قائمة، وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن مالك، والأخرى: القول قول المشتري مع يمينه اختارها أبو بكر. وهذا قول النخعي والثوري والأوزاعي وأبي حنيفة؛ لقوله ﷺ في الحديث: «والسلعة قائمة» فمفهومه أنه لا يشرع التحالف عند تلفها، ولأنهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري واستحقاق عشرة في ثمنها. واختلفا في عشرة زائدة البائع يَدَّعِيْها، والمشتري ينكرها، والقول قول المنكر، وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه، ففيما عداه يبقى على القياس.

ووجه الرواية الأولى عموم قوله: «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار» قال أحمد: ولم يقل فيه: والمبيع قائم إلا يزيد بن هارون، وقد أخطأ. رواةُ الحَلِفِ عن المسعودي، ولم يقولوا هذه الكلمة، لكنها في حديث معن، انتهى.

وقال محمد في «موطئه»(١) بعد ذكر حديث ابن مسعود الذي تقدم في المتن قريباً: وبهذا نأخذ إذا اختلفا في الثمن تحالفا وترادّا البيع، وهو قول أبي حنيفة والعامة من فقهائنا، إذا كان المبيع قائماً بعينه، فإن كان المشتري قد استهلكه، فالقول ما قال المشتري في الثمن في قول أبي حنيفة، وأما في قولنا، فيتحالفان ويترادّان القيمة، انتهى.

قال الشيخ في «البذل»(٢): إن هلك المبيع، ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، والقول قول المشتري، وقال محمد: يتحالفان، ويفسخ البيع على قيمة الهالك، وهو قول الشافعي، انتهى.

---

(١) «موطأ محمد مع التعليق الممجد» (٣/ ٢٤٢).

(٢) «بذل المجهود» (١٥/ ١٩١).

(٣٩) باب ما جاء في الربا في الدين

١٣٧٧/ ٨١ ـ **حدّثني** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنْ بُسْرِ بْنِ سَعِيدٍ، ....

وحاصل المذاهب المتقدمة للأئمة الستة في ذلك أنهما إذا اختلفا والسلعة قائمة، فيتحالفان ويترادّان البيعَ عند الستة إلا في رواية لمالك، ورواية لأحمد أن القول قول المبتاع، والرواية المشهورة عنهما الأولى، وأما إذا اختلفا بعد فوات السلعة فعن مالك روايتان؛ الأولى: القول قول المبتاع، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف، والثانية: يتحالفان ويترادان القيمة، وهو قول الشافعي ومحمد، وهما روايتان لأحمد.

(٣٩) ما جاء في الربا في الدين

يعني يكون لأجل على آخر دينٌ، فيأخذ منه فيه الربا، ولما كان عند الإمام حكم «ضَعْ وتَعَجَّلْ» أيضاً في حكم الربا ذكره أيضاً في هذا الباب، قال ابن رشد[١]: اتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين: في البيع، وفيما تقرر في الذمة من سلف أو غيره، وما تقرر في الذمة صنفان: صنف متفق عليه، وهو ربا الجاهلية الذي نهي عنه، وذلك أنهم كانوا يُسلفون بالزيادة وينظرون، فكانوا يقولون: أنظرني أزدك، وهذا هو الذي عناه عليه الصلاة والسلام بقوله في حجة الوداع: «ألا إن ربا الجاهلية موضوع» الحديث، والثاني «ضَعْ وتَعَجَّلْ»، وهو مختلف فيه، وأما الربا في البيع، فإن العلماء أجمعوا على أنه صنفان: نسيئة، وتفاضل، إلا ما روي عن ابن عباس من إنكاره الربا في التفاضل، انتهى.

١٣٧٧/ ٨١ ـ **(مالك عن أبي الزناد)** بكسر الزاي وخفة نون عبد الله بن ذكوان **(عن بسر)** بضم الموحدة وسكون السين المهملة **(ابن سعيد)** بكسر

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ١٢٨).

عَنْ عُبَيْدٍ، أَبِي صَالِحٍ مَوْلَى السَّفَّاحِ؛ أَنَّهُ قَالَ: بِعْتُ بَزًّا لِي مِنْ أَهْلِ دَارِ نَخْلَةَ. إِلَى أَجَلٍ. ثُمَّ أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى الْكُوفَةِ. فَعَرَضُوا عَلَيَّ أَنْ أَضَعَ عَنْهُمْ بَعْضَ الثَّمَنِ. وَيَنْقُدُونِي ....

العين، المدني **(عن عبيد)** مصغراً بدون الإضافة **(أبي صالح)** كنية عبيد، وفي البيهقي برواية ابن بكير عن مالك بلفظ عن أبي صالح مولى السفاح، وفي «موطأ محمد» بلفظ عن أبي صالح بن عبيد مولى السفاح، وفي «التعليق الممجد»[١]: هكذا وجدنا العبارة في نسخة شرح عليها القاري، وفي «موطأ يحيى» عن عبيد أبي صالح، وفي «جامع الأصول»[٢]: أبو صالح عبيد بن أبي صالح مولى السفّاح تابعي، روى عن زيد بن ثابت، وعنه بسر بن سعيد، وفي «كتاب الثقات» لابن حبان: عبيد بن خزاعة عِدَادُه في أهل المدينة، يروي عن زيد بن ثابت، وعنه بسر، انتهى.

(مولى السّفاح) بفتح السين المهملة وتشديد الفاء، لقب لأول خلفاء بني العباس، وهو عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس **(أنه قال: بعتُ)** بصيغة المتكلم من البيع **(بزاً)** بفتح الموحدة وتشديد الزاي أي ثياباً **(لي من أهل دار نخلة)** قال الزرقاني[٣]: محل بالمدينة فيه البَزَّازون، وفي «المحلى»: موضع بين مكة والطائف **(إلى أجل)** أي نسيئةً **(ثم أردتُ الخروجَ إلى الكوفة)** فطلبتُ أهلَ دار نخلة ثمنَ الثياب **(فعرضوا عليَّ)** بشد الياء أي طلبوا مني **(أن أضع عنهم)** أي أسقط عنهم، زاد في النسخ المصرية بعد ذلك «من الثمن»، وليس هذا في الهندية أي أضع عنهم بعض الثمن **(وينقُدُوْني)** أي يعجلوا لي باقي الثمن بعد الوضع.

---

(١) (٣/ ٢٠١).

(٢) (١/ ٥٧١).

(٣) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٢٣).

فَسَأَلْتُ عَنْ ذٰلِكَ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ. فَقَالَ: لَا آمُرُكَ أَنْ تَأْكُلَ هٰذَا وَلَا تُوكِلَهُ.

(فسألت عن ذلك) أي عن حكم هذا الذي سألوه **(زيد بن ثابت)** الصحابي الشهير كاتب الوحي **(فقال)** زيد: **(لا آمرك)** أي لا أُبِيح لك **(أن تأكل)** أنت هذا المال **(ولا تُوْكله)** غيرَك، وقيل: المعنى لا تأكل أنت أي الثمن الذي تأخذه عنهم معجلاً، ولا تُوْكله لهم ما تحطّه عنه.

قال محمد في «موطئه» بعد هذا الأثر: وبهذا نأخذ، من وجب له دين على إنسان إلى أجل، فسأل أن يضع عنه، ويعجل له ما بقي، لم ينبغِ له ذلك؛ لأنه يُعَجِّلُ قليلاً بكثير ديناً، فكأنه يبيع قليلاً ديناً بكثير ديناً، وهو قول عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر، وهو قول أبي حنيفة، انتهى.

قال الباجي[1]: قوله: إن أهل دار نخلة عرضوا عليه، يريد ـ والله أعلم ـ أن ينقُدُوه جنس ماله عليهم، وذلك مثل أن يكون له عليهم مائة دينار مؤجلة، فيدفعون إليه قبل الأجل خمسين ديناراً، ويحطّ عنهم خمسين، فسأل عن ذلك زيداً، فقال: لا آمرك أن تأكله ولا توكله يريد تُطْعِمُه غيرك، ومعنى ذلك تحريمه؛ لأنه لا يمنعه من أن يأكله. ويوكله مع كونه مباحاً، وبه قال ابن عمر، وعليه جمهور الفقهاء، وأجازه النخعي وزفر، واختلفت الرواية عن ابن المسيب في ذلك، وأصحها المنع.

ودليلنا على تحريمه أنهم اشتروا منه المائة المؤجلة بخمسين معجلة، وذلك غير جائز بوجهين: التفاضل، والنسأ في الجنس الواحد، وأما إذا أخذ منه قبل الأجل من غير جنسه ما قيمته أقلُّ مما له عليه، فلا يخلو أن يكون مما لا يجوز أن يدخل الأجل بينه وبين الدنانير أو مما يجوز ذلك، فإن كان مما لا يجوز ذلك كالدراهم، فلا يجوز أن يأخذ منهم قبل الأجل بدنانير دراهمَ مثل قيمتها ولا أقل ولا أكثر؛ لأن هذا ورق بذهب إلى أجل.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٦٤).

١٣٧٨/ ٨٢ ـ **وحدّثني** عَنْ مَالِكٍ، عَنْ عُثْمَانَ بْنِ حَفْصِ بْنِ خَلْدَةَ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، ....

وإن كان مما يجوز ذلك مثل أن يأخذ منه بدنانير عروضاً معجلة تكون قيمتها أقلَّ من دنانيره، أو مثل ذلك أو أكثر فلا بأس في ذلك؛ لأن ما آل أمره إلى شراء عرض بدنانير مؤجلة ولا خلاف في جوازه، انتهى.

وقال الزرقاني(١): بمنع «ضَعْ وَتَعَجَّلْ» وبه قال الحكم بن عتيبة والشعبي ومالك وأبو حنيفة، وأجازه ابن عباس، ورآه من المعروف، وحكاه اللخمي عن ابن القاسم، قال ابن زرقون: أُراه وهماً، وعن ابن المسيب والشافعي القولان، واحتجّ المجيز بخبر ابن عباس لما أمر رسول الله ﷺ بإخراج بني النضير، **قالوا**: لنا على الناس ديون لم تحِلّ، فقال: «ضعوا وتعجَّلوا»، وأجاب المانعون باحتمال أن هذا الحديث قبل نزول تحريم الربا، انتهى.

وقال الموفق(٢): إذا كان عليه دين مؤجل، فقال لغريمه: ضَعْ عني بعضه، وأعجل لك بقيتَه لم يجز، كرهه زيد بن ثابت وابن عمر والمقداد وابن المسيب وسالم والحسن وحماد والحكم والشافعي ومالك والثوري وهشيم وابن عُلية وإسحاق وأبو حنيفة، ورُوِي عن ابن عباس أنه لم ير به بأساً، ورُوي ذلك عن النخعي وأبي ثور؛ لأنه آخذٌ لبعض حقه تاركٌ لبعضه، فجاز كما لو كان الدين حالاً، ولنا، أنه بيع الحلول فلم يجز، انتهى.

وقال ابن رشد: أجاز ذلك ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الأمصار.

١٣٧٨/ ٨٢ ـ **(مالك عن عثمان بن حفص)** بن عمر بن عبد الرحمٰن **(بن خلدة)** بفتح الخاء المعجمة وسكون اللام، كما ضبطه الحافظ في «التقريب» في ترجمة جده عمر، وهكذا ضبطه الزرقاني في «جامع الأيمان» **(عن ابن شهاب)**

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٢٣).

(٢) «المغني» (٦/ ١٠٩).

عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عن عَبْدِ الله بْنِ عُمَرَ؛ أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ الدَّيْنُ عَلَى الرَّجُلِ إِلَى أَجَلٍ. فَيَضَعُ عَنْهُ صَاحِبُ الْحَقِّ وَيُعَجِّلُهُ الآخَرُ. فَكَرِهَ ذٰلِكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ. وَنَهَىٰ عَنْهُ.

الزهري **(عن سالم بن عبد الله عن)** أبيه **(عبد الله بن عمر أنه سئل)** ببناء المجهول **(عن الرجل يكون له الدين على الرجل إلى أجل)** لم يأت بعد **(فيضع عنه صاحب الحق)** أي يحطّ بعض الدين **(ويُعَجِّلُه الآخر)** أي يُعَجِّلُ في أداء الباقي بعد الوضع **(فكره ذلك عبد الله بن عمر)** ـ رضي الله عنهما ـ **(ونهى عنه)** أي نهى عن هذا الفعل، كما نهى عنه زيد في الأثر السابق، وتقدم الكلام عليه.

وفي «المحلى»: ولا يعارضه ما في «الصحيحين» أنه ﷺ قال لكعب في دَينه على ابن أبي حدرد: «أن ضَعِ الشطرَ من دَيْنك»، قال: قد فعلتُ يا رسول الله، قال: «فاقضه»؛ لأن هذا في الحال، والآثار في المآل، انتهى. وحديث كعب هذا أخرجه البخاري بمواضع من كتابه، منها في «باب التقاضي والملازمة في المسجد»[1] بلفظ عن كعب أنه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان عليه في المسجد، فارتفعت أصواتُهما حتى سمعها رسولُ الله ﷺ، وهو في بيته، فخرج إليهما، حتى كشف سجف حجرته، فنادى: «يا كعب»، قال: لبيك يا رسول الله، فقال: «ضَعْ من دينك هذا»، وأومأ إليه، أي الشطر، قال: لقد فعلت يا رسول الله، قال: «قم فاقضه».

قال الحافظ[2]: في قوله إشارة إلى أنه لا يجتمع الوضيعة والتأجيل، وترجم أيضاً البخاري في «صحيحه» «باب إذا قضى دون حقه أو حَلَّله»، فهو جائز، وذكر فيه قصة جابر بن عبد الله في دَيْن أبيه، وسؤاله ﷺ غُرْماءه أن

---

(١) كتاب الصلاة باب (٧١)، وحديث (٤٥٧).

(٢) «فتح الباري» (١/ ٥٥٢).

١٣٧٩/ ٨٣ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ؛ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ الرِّبَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ، أَنْ يَكُونَ لِلرَّجُلِ عَلَى الرَّجُلِ الْحَقُّ إِلَى أَجَلٍ. فَإِذَا حَلَّ الْأَجَلُ. قَالَ: أَتَقْضِي أَمْ تُرْبِي؟ فَإِنْ قَضَىٰ، أَخَذَ. وَإِلَّا زَادَهُ فِي حَقِّهِ. وَأَخَّرَ عَنْهُ فِي الْأَجَلِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْأَمْرُ الْمَكْرُوهُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا. أَنْ يَكُونَ لِلرَّجُلِ ....

يقبلوا ثمر الحائط، ويُحَلِّلُوْا أباه، وقال ابن بطال: لو حَلَّله من جميع الدين جاز عند جميع العلماء، فكذلك إذا حَلّله من بعضه، انتهى.

١٣٧٩/ ٨٣ ـ (**مالك عن زيد بن أسلم أنه قال: كان الربا في**) زمن (**الجاهلية**) يعني قبل الإسلام (**أن يكون للرجل على الرجل**) أي لزيد على عمرو مثلاً (**الحق**) يعني ديناً مائة دينار مثلاً (**إلى أجل**) يعني إلى شهر (**فإذا حلّ الأجل**) أي مضى الشهر، وفي النسخ الهندية محله «إذا حلّ الحق» أي لزم أداؤه بمجيء الأجل (**قال**) زيد لعمرو (**أتقضي**) المائة الذي عليك (**أم تربي**) بضم التاء وسكون الراء، أي تزيد على المائة حتى أزيد في الأجل (**فإن قضى**) عمرو (**أخذ**) زيد حقه مائة دينار (**وإلا**) أي إن لم يقض عمرو (**زاده**) أي زاد عمرو لزيد (**في حقه**) وجعله مائة وعشرة مثلاً (**وأخَّرَ**) زيد (**عنه**) أي عن عمرو (**في الأجل**) وجعله شهرين مثلاً.

قال الزرقاني[1]: ولا خلاف أن هذا الربا الذي حَرَّمه اللَّهُ تعالى، ولم تعرف العرب الربا إلا في النسيئة، فنزل القرآن بذلك، وزاده ﷺ بياناً، وحَرَّم ربا الفضل، كما مر، قاله أبو عمر، انتهى. وإليه أشار ابن رشد، كما تقدم في أول الباب.

(**قال مالك: والأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه عندنا أن يكون للرجل**

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٢٤).

عَلَى الرَّجُلِ الدَّيْنُ إِلَى أَجَلٍ. فَيَضَعُ عَنْهُ الطَّالِبُ وَيُعَجِّلُهُ الْمَطْلُوبُ، وَذٰلِكَ عِنْدَنَا بِمَنْزِلَةِ الَّذِي يُؤَخِّرُ دَيْنَهُ بَعْدَ مَحِلِّهِ، عَنْ غَرِيمِهِ، وَيَزِيدُهُ الْغَرِيمُ فِي حَقِّهِ. قَالَ: فَهٰذَا الرِّبَا بِعَيْنِهِ. لَا شَكَّ فِيهِ.

قَالَ مَالِكٌ، فِي الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ عَلَى الرَّجُلِ مِائَةُ دِينَارٍ. إِلَى أَجَلٍ. فَإِذَا حَلَّتْ، قَالَ ....

على الرجل الدين إلى أجلٍ فيضع عنه الطالب) شيئاً من الدين **(ويُعَجِّلُه المطلوبُ)** أي يُعَجِّلُ أداءَ ما بقي عليه.

(قال مالك) ليس هذا اللفظ في النسخ المصرية، بل لحق فيه القول الآتي بالسابق، وهو الأوجه **(وذلك)** الذي ذكر مع ضع وتعجل **(عندنا بمنزلة الذي يؤخر دينه بعد محله)** أي بعد أوان أدائه **(عن غريمه)** أي يزيد في الأجل **(ويزيده الغريم في حقه قال: فهذا الربا بعينه لا شك فيه)** أي لا تردد في كونها ربا، وهو ربا الجاهلية، كما تقدم، ولا خلاف بين الأمة في حرمته، فكذلك وفي حكمه ضع وتعجل.

قال الباجي[1]: يريد أن معناهما العوض للزيادة؛ لأن الذي وضع قبل أجله سلف على أن وضع، والذي أَخَّرَ للزيادة أسلف على أن زاد فهو تأخير لعوض، انتهى.

وقال ابن رشد[2]: وعمدة من لم يجز: ضَعْ وتَعَجَّلْ أنه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها، ووجه شبهه بها أنه جعل للزمان مقداراً من الثمن بدلاً منه في الموضعين جميعاً، وذلك أنه هنالك لما زاد له في الزمان زاد له عرضه ثمناً، وههنا لما حطّ عنه الزيادة حط عنه في مقابلته ثمناً، انتهى.

(قال مالك في الرجل) أي زيد **(يكون له على الرجل)** الآخر أي عمرو **(مائة دينار)** مثلاً **(إلى أجل)** أي إلى شهر مثلاً **(فإذا حلّت)** أي مضى الشهر **(قال**

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٦٥).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/ ١٤٤).

لَهُ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ: بِعْنِي سِلْعَةً يَكُونُ ثَمَنُهَا مِائَةَ دِينَارٍ نَقْداً. بِمِائَةٍ وَخَمْسِينَ إِلَى أَجَلٍ: هٰذَا بَيْعٌ لَا يَصْلُحُ. وَلَمْ يَزَلْ أَهْلُ الْعِلْمِ يَنْهَوْنَ عَنْهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا كُرِهَ ذٰلِكَ. لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُعْطِيهِ ثَمَنَ مَا بَاعَهُ بِعَيْنِهِ. وَيُؤَخِّرُ عَنْهُ الْمِائَةَ الْأُولَى. إِلَى الْأَجَلِ الَّذِي ذَكَرَ لَهُ آخِرَ مَرَّةٍ. وَيَزْدَادُ عَلَيْهِ خَمْسِينَ دِينَاراً فِي تَأْخِيرِهِ عَنْهُ. فَهٰذَا مَكْرُوهٌ. وَلَا يَصْلُحُ. وَهُوَ أَيْضاً يُشْبِهُ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ فِي بَيْعِ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ. إِنَّهُمْ كَانُوا إِذَا حَلَّتْ دُيُونُهُمْ، قَالُوا لِلَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ: إِمَّا أَنْ تَقْضِيَ وَإِمَّا أَنْ تُرْبِيَ! فَإِنْ قَضَى، أَخَذُوا. ....

له) أي لزيد **(الذي عليه الدين)** وهو عمرو، فاعل قال، هكذا في النسخ المصرية، وهو أوضح من السياق الذي في النسخ الهندية بلفظ قال الذي له عليه الدين **(بعني سلعة)** أخرى **(يكون ثمنها مائة دينار نقداً)** أي يكون ثمن هذه السلعة الأخرى في النقد مائة دينار **(بمائة وخمسين)** متعلق بقوله: بعني **(إلى أجل)** أي إلى شهر آخر **(هذا بيع لا يصلح)** وفاسد **(ولم يزل أهل العلم ينهون عنه)** أي عن هذا النوع من البيع.

(قال مالك: وإنما كره ذلك) البيع **(لأنه)** أي عمرو **(إنما يعطيه)** أي زيداً **(ثمن ما باعه)** زيد **(بعينه ويؤخر)** زيد **(عنه)** أي عن عمرو **(المائة الأولى)** التي حلّت **(إلى الأجل الذي ذكره آخر مرة)** وهو الشهر الثاني **(ويزداد عليه خمسين ديناراً)** إذا اشترى السلعة الأخرى بمائة وخمسين **(في تأخيره عنه)** أي بسبب تأخير الدين عن الأجل **(فهذا مكروه)** أي حرام **(لا يصلح وهو)** البيع **(أيضاً يشبه حديث زيد بن أسلم)** المذكور قبل **(في بيع أهل الجاهلية)** وهو ما تقدم قريباً **(إنهم)** أي أهل الجاهلية **(كانوا إذا حلت ديونهم)** وجاء وقت أدائها **(قالوا للذي عليه الدين: إما أن تقضي)** الدين في الحال **(وإما أن تربي)** أي تعطي الزيادة للتأخير **(فإن قضى)** الذي عليه الدين في الحال **(أخذوا)** أي أصحاب

وَإِلَّا زَادُوهُمْ فِي حُقُوقِهِمْ. وَزَادُوهُمْ فِي الْأَجَلِ.

الأموال **(وإلا)** أي إن لم يقض في الحال **(زادوهم في حقوقهم وزادوهم في الأجل)**.

قال الزرقاني[١]: ويدخل في ذلك أيضاً بيعٌ وسلفٌ؛ لأنه ابتاع السلعة بمائة معجلة، وخمسين مؤخرة، ليؤخره التي حلت، انتهى.

قال الباجي[٢]: وهذا على ما قال: لأن من كان له على رجل مائة دينار إلى أجل، فاشترى منه عند الأجل سلعة تساوي مائة دينار بمائة وخمسين، فقضاه دينه الأول، وإنما قضاه ثمن سلعته، وزاد خمسين ديناراً في دينه لتأخيره به عن أجله، فهذا يُشْبِهُ ما تَضَمَّنه حديث زيد بن أسلم من بيوع الجاهلية في زيادتهم في الديون عند انقضاء أجلها، ليؤخروا بها، ويدخله أيضاً بيع وسلف؛ لأنه إنما ابتاع منه هذه السلعة بمائة معجلة وخمسين مؤجلة ليؤخره بالمائة التي حلت له عليه، ووجوه الفساد في هذا كثيرة جداً.

فإن وقع هذا البيع، ففي «المدنية» عن مالك أنه قال: يفسخ البيع في هذه السلعة التي باعه إياها بمائة وخمسين، فإن فاتت رددتها إلى قيمتها نقداً، وفسخت البيع الأول، ووجه ذلك أن هذا البيع قد دخله ما قدمناه من وجوه الفساد، فوجب فسخه ما لم يفت، فإن فات ردّ إلى القيمة، وكانا على أجلهما ما في الدين الأول، ومعنى قوله: فسخت البيع الأول، يريد الذي انعقد في السلعة بمائة وخمسين، انتهى.

قال الزرقاني[٣]: قال ابن عبد البر: كل من قال بقطع الذرائع يذهب إلى هذا، ومن قال: لا يلزم المتبايعين إلا ما ظهر من قولهما ولم يظن بهما السوء أجازه، انتهى.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٢٤).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٦٦).

(٣) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٢٤).

(٤٠) باب جامع الدين والحول

(٤٠) جامع الدين والحول

بكسر الحاء وفتح الواو، أي التحول للدين على غير المدين، قال عز اسمه: ﴿لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَلًا﴾ أي تحولاً، فما في النسخ الهندية محلها من لفظ الحلول تحريف من الناسخ، والمعنى الأحكام المتفرقة في الدين.

والحوالة وهي بفتح الحاء، وقد تكسر، مشتقٌ من التحويل، أو من الحول، تقول: حال عن العهد إذا انتقل عنه حولاً، وهي عند الفقهاء نقل دَين من ذمة إلى ذمة، واختلفوا هل هي بيع دين بدين رخص فيه، فاستثنى من النهي عن بيع الدين بالدين، أو هي استيفاء؟ وقيل: هي عقد إرفاق مستقل، ويشترط في صحتها رضا المحيل بلا خلاف، ورضا المحتال عند الأكثر، والمحال عليه عند بعض شذّ، ويشترط أيضاً تماثلُ الحقين في الصفات، وأن يكون في شيء معلوم، ومنهم من خَصّها بالنقدين، ومنعها في الطعام؛ لأنه بيع طعام قبل أن يستوفى، كذا في «الفتح»[١].

قال الموفق[٢]: إذا أحيل على مليء لزم المحتال والمحتال عليه القبول، ولم يعتبر رضاهما؛ وقال أبو حنيفة: يعتبر رضاهما؛ لأنها معاوضة، فيعتبر الرضا من المتعاقدين، وقال مالك والشافعي: يعتبر رضا المحتال؛ لأن حقه في ذمة المحيل، فلا يجوز نقله إلى غيره بغير رضاه، وأما المحتال عليه، فقال مالك: لا يعتبر رضاه إلا أن يكون المحتال عدوه، وللشافعي في اعتبار رضاه قولان: أحدهما يعتبر، وهو يحكى عن الزهري؛ لأنه أحد من تتم به الحوالة، فأشبه المحيل، والثاني لا يعتبر؛ لأنه أقامه في القبض مقام نفسه، فلم يفتقر إلى رضا من عليه الحق كالتوكيل، ،انتهى.

---

(١) «فتح الباري» (٤/ ٤٦٤).

(٢) «المغني» (٧/ ٦٣).

١٣٨٠/ ٨٤ ـ **حدّثنا** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ. ....

١٣٨٠/ ٨٤ ـ **(مالك عن أبي الزناد)** عبد الله بن ذكوان **(عن الأعرج)** عبد الرحمٰن بن هرمز **(عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال مطل الغني)** أي القادر على أداء ما عليه ولو فقيراً، قال عياض: المطل منع قضاء ما استحق أداؤه، زاد القرطبي مع التمكن من ذلك وطلب صاحب الحق حقه، والجمهور على أنه مضافٌ للفاعل، وبعضهم جعله مضافاً إلى المفعول، وأن الغني هو الممطول، قال عياض وتبعه الحافظ: هو بعيد.

قال الأبي: وعليه فالتقدير أن يمطل بضم الياء، فالمصدر مبنيٌ للمفعول، وفي صحة بنائه كذلك خلاف في العربية، والمعنى أنه يجب وفاء الدين، وإن كان صاحبه غنياً، ولا يكون غناه سبباً لتأخيره عنه، وإذا كان كذلك في حق الغني فالفقير أولى، كذا في «الزرقاني»[(١)] بتغير.

(ظلم) قال الباجي[(٢)]: وصفه بالظلم إذا كان غنياً خاصة، ولم يصفه بذلك مع العسر، وقد قال تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[(٣)] وإذا كان غنياً فَمَطَلَ فقد ظَلَمَ، وقد قال أصبغ وسحنون: تُرَدُّ بذلك شهادته؛ لأنه ﷺ سماه ظالماً، انتهى، وقال ابن عبد الحكم: لا ترد.

وفي «الإكمال»: اختلف في أنه جرحة أو حتى يكون ذلك عادة، وقال النووي: مقتضى مذهبنا اعتبار تكراره، ورده السبكي بأن مقتضاه عدمه؛ لأن منع الحق بعد طلبه وانتفاء العذر عن أدائه كالغصب، والغصب كبيرة لا يشترط فيها التكرار، قاله الزرقاني.

---

(١) انظر: «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٢٥).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٦٦).

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٨٠.

وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ».

أخرجه البخاريّ في: ٣٨ ـ كتاب الحوالات، ١ ـ باب في الحوالة. ومسلم في: ٢٢ ـ كتاب المساقاة، ٧ ـ باب تحريم مطل الغنيّ، حديث ٣٣.

(وإذا أتبع) بضم الهمزة، وسكون المثناة الفوقية، وكسر الموحدة مبنياً للمفعول على المشهور روايةً ولغَةً، قاله النووي وعياض، وقال القرطبي: وأما أتبع، فبضم الهمزة وسكون التاء مبنيا لما لم يسم فاعله عند الجميع، وأما فليتبع فالأكثر على التخفيف، وقَيَّده بعضهم بالتشديد، والأول أجود.

قال الحافظ[1]: ما ادّعاه من الاتفاق على أتبع يردُّه قول الخطابي: إن أكثر المحدثين يقولونه بتشديد التاء، والصواب التخفيف، انتهى. وقال عياض: شدّدها بعضُ المحدثين، والوجه إسكانها، يقال: تبعت فلانة بحقي أتبعه تباعة، بالفتح، إذا طلبته، والمعنى إذا أحيل فليحتل، وقد رواه بهذا اللفظ أحمد عن الثوري عن أبي الزناد، وأخرج البيهقي مثله من طريق يعلى بن منصور عن أبي الزناد، وأشار إلى تفرد يعلى ولم ينفرد كما ترى.

(أحدكم على) ضمن أتبع معنى أحيل، فعدي بعلى **(مليء)** بالهمز مأخوذ من الملأ، يقال: ملؤ الرجل بضم اللام أي صار مليئاً، وقال الكرماني: الملي كالغني لفظاً ومعنىً، فاقتضى أنه بغير همز، وليس كذلك، فقد قال الخطابي: إنه في الأصل بالهمز، ومن رواه بتركها فقد سهله، كذا في «الفتح»[2].

قال الزرقاني[3]: وذكر غيره أن الرواية بالوجهين **(فليتبع)** بإسكان الفوقية على المشهور رواية ولغة، ورواه بعضهم بشدِّها، والأول أجود، كما قاله القرطبي، ورواه ابن ماجه من حديث ابن عمر بلفظ: فإذا أحللت على مليء

---

(١) «فتح الباري» (٤/ ٤٦٥).

(٢) «فتح الباري» (٤/ ٤٦٥).

(٣) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٢٥).

....

فاتّبعه، وهذا بتشديد التاء بلا خلاف، والأمر للاستحباب عند الجمهور، ووهم من نقل فيه الإجماع، وقيل: أمر إباحة وإرشاد، وهو شاذٌّ، وحمله أكثر الحنابلة وأبو ثور وابن جرير وأهل الظاهر على الوجوب، وإليه مال البخاري، وهو ظاهر الحديث.

وأجاب الجمهور بأن الصارف عنه إلى الندب أنه راجع لمصلحة دنيوية لما فيه من الإحسان إلى المحيل بتحصيل مقصوده من تحويل الحق عنه، والإحسان مستحب، وبأن الصارف كونه أمراً بعد نهي، وهو بيع الكالئ بالكالئ، فيكون للإباحة أو الندب عند القائلين به.

وفي «المنتقى»[١]: قال الشيخ أبو محمد: إن الأمر على الندب، ويحتمل ذلك قول القاضي أبي محمد؛ لأنه معروفٌ، وقال: إنّ الحوالة استثنيت من الدَين كما استثنيت العريّة، وقال الباجي: الصحيح عندي أن الحوالة ليست من باب الدَيْن بالدين، وإذا قلنا: إنها لا تصح إلا من دَيْن ثابت للمحيل على المحال عليه، وذلك أن المحيل تبرأ ذمتُه بنفس الإحالة، فهي من باب النقد، ومعنى الحوالة عندي أن تكون على الإباحة، انتهى.

قال الحافظ[٢]: ادَّعى الرافعي أن الأشهر في الروايات «وإذا أتبع»، وأنهما جملتان لا تعلق لإحداهما بالأخرى، وزعم بعض المتأخرين أنه لم يرد إلا بالواو، وغفل عما في باب الحوالة من البخاري، فإنه بالفاء ههنا في جميع الروايات، فهو كالتوطئة والعلة لقبول الحوالة، أي إذا كان المطل ظلماً، فليقبل من يحتال بدَينه عليه، فإن المؤمن من شأنه أن يحترز عن الظلم فلا يُمْطِلُ. واستدل بالحديث على أن الحوالة إذا صحّت، ثمَّ تعذَّر القبض بحدوث

---

(١) (٥/ ٦٦).

(٢) «فتح الباري» (٤/ ٤٦٥).

....

حادث، كموت أو فلس، لم يكن للمحتال الرجوع على المحيل؛ لأنه لو كان له الرجوع لم يكن لاشتراط الغني فائدة، فلما شرطت علم أنه انتقل انتقالاً لا رجوع له، كما لو عَوَّضه عن دَينه بعوض، ثم تلف العوض في يد صاحب الدين، فليس له رجوع، وقال الحنفية: يرجع عند التعذر، وشَبَّهُوْه بالضمان.

قال الباجي[١]: وبرئت ذمة المحيل من دين المحال، ولم يكن له عليه رجوع، وإن مات المحال عليه مفلساً، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يرجع على المحيل إن مات المحال عليه مفلساً أو جحد الحق، والدليل على ما نقوله هذا الحديث، فإنه شرط الملاءة في الحوالة، ولو كان له رجوع عليه لما كان لشرط الملاءة معنى؛ لأنه لا يخاف تلف دينه بإفلاسه، انتهى.

وقال الموفق[٢]: إذا اجتمعت شروط الحوالة، وصحت، برئت ذمة المحيل عند عامة الفقهاء إلا ما يُروى عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يُبْرِئَه، وعن زفر أنه قال: لا تنقل الحق، وأجراها مجرى الضمان، وليس بصحيح؛ لأن الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان، فإنه مشتقٌّ من ضم ذمة إلى ذمة.

وإذا ثبت أن الحق انتقل، فمتى رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبداً، سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غير ذلك، وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر، وعن أحمد ما يدل على أنه إذا كان المحال عليه مفلساً، ولم يعلم المحتال بذلك، فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم، وبه قال جماعة من أصحابنا، ونحوه قول مالك؛ لأن الفلس عيب في المحال عليه فكان له الرجوع، كما لو اشترى

(١) «المنتقى» (٥/ ٦٧).
(٢) «المغني» (٧/ ٦٠).

....

سلعة فوجدها معيبة، ولأن المحيل غَرَّه فكان له الرجوع، كما لو دلّس المبيع، وقال شريح والشعبي والنخعي: متى أفلس أو مات رجع على صاحبه.

وقال أبو حنيفة: يرجع عليه في حالين، إذا مات المحال عليه مفلساً، وإذا جحده وحلف عليه عند الحاكم، وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع عليه في هاتين الحالتين، وإذا حجر عليه لفلس.

فإن شرط ملاءة المحال عليه فبان معسراً رجع على المحيل، وبه قال بعض الشافعية، وقال بعضهم: لا يرجع؛ لأن الحوالة لا تُرَدُّ بالإعسار، إذا لم يشترط الملاءة فلا تُرَدُّ به، وإن اشترط، ولو لم يرض المحتال بالحوالة، ثم بان المحال عليه مفلساً أو ميتاً رجع على المحيل بلا خلاف، انتهى.

وترجم البخاري في «صحيحه»: «باب الحوالة، وهل يرجع في الحوالة؟» وقال الحسن وقتادة: إذا كان يوم أحال عليه مليئاً جاز، قال الحافظ[١]: وهذا الأثر أخرجه ابن أبي شيبة والأثرم، واللفظ له من طريق سعيد بن أبي عروبة عن قتادة والحسن أنهما سُئِلا عن رجل احتال على رجل فأفلس، قالا: إن كان مليئاً يوم احتال عليه، فليس له أن يرجع، وقَيّده أحمد بما إذا لم يعلم المحتال بإفلاس المحال عليه، وعن الحكم لا يرجع إلا إذا مات المحال عليه، وعن الثوري يرجع بالموت، وأما بالفلس فلا يرجع إلا بمحضر المحيل والمحال عليه.

وقال أبو حنيفة: يرجع بالفلس مطلقاً، سواء عاش أو مات، ولا يرجع بغير الفلس، وقال مالك: لا يرجع إلا إن غرّه، كأن علم فلس المحال عليه ولم يعلمه بذلك، وقال الحسن وشريح وزفر: الحوالة كالكفالة، فيرجع على أيهما شاء، وبه يُشْعِرُ إدخال البخاري أبواب الكفالة في كتاب الحوالة، وذهب

(١) «فتح الباري» (٤/ ٤٦٤).

١٣٨١/ ٨٥ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ عَنْ مُوسَى بْنِ مَيْسَرَةَ؛ أَنَّهُ سَمِعَ رَجُلاً يَسْأَلُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ، فَقَالَ: إِنِّي رَجُلٌ أَبِيعُ بِالدَّيْنِ. فَقَالَ سَعِيدٌ: لَا تَبِعْ إِلَّا مَا آوَيْتَ إِلَى رَحْلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ، فِي الَّذِي يَشْتَرِي السِّلْعَةَ مِنَ الرَّجُلِ. عَلَى أَنْ يُوَفِّيَهُ تِلْكَ السِّلْعَةَ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى. إِمَّا لِسُوقٍ يَرْجُو نَفَاقَهَا فِيهِ. وَإِمَّا لِحَاجَةٍ فِي ذٰلِكَ الزَّمَانِ ....

الجمهور إلى عدم الرجوع مطلقاً، انتهى. وسيأتي شيء من ذلك في أبواب القضاء.

١٣٨١/ ٨٥ ـ **(مالك عن موسى بن ميسرة)** الديلي **(أنه سمع رجلاً يسأل سعيد بن المسيب فقال)** السائل المذكور: **(إنّي رجل أبيع بالدين)** يعني أداينُ الناس، فأبيع منهم قبل القبض **(فقال سعيد)** بن المسيب: **(لا تبع)** بصيغة النهي **(إلا ما آويت إلى رحلك)**.

قال الزرقاني[1]: قال الباجي: لما علم أنه يُدايِنُ الناسَ خاف عليه العِيْنَةَ للذريعة أن يبيع ما لم يملكه أو يشتريه بعد موافقة المبتاع منه على بيعه بثمن يتفقان عليه، وربما يولي قبضه هذا المبتاع الأخير، فيكون كأنه أسلفه ثمنه الذي ابتاعه به في ثمنه الذي باعه منه به وهو أكثر منه، انتهى.

(قال مالك في الرجل يشتري من الرجل السلعة) هكذا سياق النسخ الهندية، ولفظ النسخ المصرية: قال مالك في الذي يشتري السلعة من الرجل، والمؤدىٰ واحد، أي اشترى زيد مثلاً من عمرو سلعة **(على أن يوفّيه)** أي أن يُوَفِّي عمرو زيداً **(تلك السلعة إلى أجل مسمى)** أي بعد شهرين مثلاً **(إما لِسُوقٍ يرجو)** زيد **(نفاقَه)** بفتح النون، أي رواجه ليربح زيد في هذه السلعة إذ ذاك، وفي نسخة «نفاقها» أي نفاق السلعة **(وإما لحاجة)** أخرى لزيد **(في ذلك الزمان**

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٢٦).

الَّذِي اشْتَرَطَ عَلَيْهِ. ثُمَّ يُخْلِفُهُ الْبَائِعُ عَنْ ذٰلِكَ الأَجَلِ. فَيُرِيدُ الْمُشْتَرِي رَدَّ تِلْكَ السِّلْعَةِ عَلَى الْبَائِعِ: إِنَّ ذٰلِكَ لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي. وَإِنَّ الْبَيْعَ لَازِمٌ لَهُ. وَإِنَّ الْبَائِعَ لَوْ جَاءَ بِتِلْكَ السِّلْعَةِ قَبْلَ مَحِلِّ الأَجَلِ لَمْ يُكْرَهِ الْمُشْتَرِي عَلَى أَخْذِهَا.

الذي اشترط عليه) وهو الشهران في مثالنا، يعني يحتاج زيد إلى هذه السلعة بعد شهرين.

(ثم يُخْلِفُهُ) أي زيداً **(البائع)** عمرو فاعل يخلف **(عن ذلك الأجل)** المذكور، فلا يُوَفِّيه في الوقت المشترط **(فيريد المشتري)** زيد **(ردَّ تلك السلعة)** التي جاء بها البائع بعد الوقت **(على البائع)** عمرو **(إن ذلك ليس للمشتري)** أي لا يجوز لزيد ردُّه **(وإن البيع لازم له)** للمشتري؛ لأن ذلك المبيع بمنزلة الدين على عمرو **(وإن البائع)** أي عمراً **(لو جاء بتلك السلعة قبل محل الأجل)** أي قبل الشهرين **(لم يُكرَه)** أي لم يجبر **(المشتري)** زيد **(على أخذها)** لأن له غرضاً في التأخير الذي وقع البيع عليه.

قال الباجي[1]: وهذا على ما قال في الذي يشتري السلعة من الرجل يريد بالشراء ههنا السلم، فمن أسلم في سلعة إلى أجل مسمّى لغرض كان له فيها عند ذلك الأجل، فيخلفه البائع عند ذلك الأجل، ويأتي بها عند استغناء المسلم عنها، فإنها تلزم المسلم، وليس له رَدُّها؛ لأنها بمنزلة المدين على البائع، فإذا أخّر الدين عن محله، لم تجب بذلك استحالة جنس الدين، ولا نقله إلى غيره، ولا نقض العقد الذي كان سبب ثبوته في ذمة.

وقد قال مالك في الرجل يكتري الدابة ليخرج بها من الغد إلى موضع اضطرّ إليه، فيخلف الكرىٰ، ويفِرُّ بدابته. ويكريها من غيره، ثم يعود إليه بعد مدة، وقد استغنى المكتري عنها: إنه ليس له إلا ركوب الدابة، وعليه الكراء

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٧٢).

....

الذي عقد به، انتهى. وفي مسألة الكراء تفصيل عند المالكية، بسطه الباجي، ليس هذا محله.

قال الموفق[١]: إذا تعَذر تسليمُ المسلَم فيه عند المحل، إما لغَيْبَةِ المُسْلَمِ إليه أو عَجْزه عن التسليم، حتى عدم المسلم فيه، فالمُسْلِمُ بالخيار بين أن يصبر إلى أن يوجد، فيطالب به، وبين أن يفسخ العقد، ويرجع بالثمن إن كان موجوداً، وبمثله إن كان مثلياً، وإلا قيمته، وبه قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر، وفيه وجه آخر أنه ينفسخ العقد بنفس التعذر، والأول الصحيح، انتهى.

وفي «الهداية»[٢]: ولو انقطع بعد المحل، فرب السلم بالخيار إن شاء فسخ السَّلَم، وإن شاء انتظر وجوده؛ لأن السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال، فصار كإباق المبيع قبل الزوال، انتهى.

وقال ابن رشد[٣]: اختلف العلماء فيمن أسلم في شيء من الثمر، فلما حلّ الأجل تعذّر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه، وخرج زمانه، فقال الجمهور: إذا وقع ذلك كان المسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصبر إلى العام القابل، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وابن القاسم، وحجتهم أن العقد وقع على موصوف في الذمة، فهو باقٍ على أصله، وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة، وإنما هو شيء شرطه المسلم، فهو في ذلك بالخيار.

وقال أشهب من أصحاب مالك: ينفسخ السلم ضرورةً، ولا يجوز

(١) «المغني» (٦/ ٤٠٧).

(٢) (٢/ ٧١).

(٣) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٠٥).

قَالَ مَالِكٌ، فِي الَّذِي يَشْتَرِي الطَّعَامَ فَيَكْتَالُهُ. ثُمَّ يَأْتِيهِ مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنْهُ. فَيُخْبِرُ الَّذِي يَأْتِيهِ أَنَّهُ قَدِ اكْتَالَهُ لِنَفْسِهِ وَاسْتَوْفَاهُ. فَيُرِيدُ الْمُبْتَاعُ أَنْ يُصَدِّقَهُ وَيَأْخُذَهُ بِكَيْلِهِ: إِنَّ مَا بِيعَ عَلَى هٰذِهِ الصِّفَةِ بِنَقْدٍ فَلَا بَأْسَ بِهِ. وَمَا بِيعَ عَلَى هٰذِهِ الصِّفَةِ إِلَى أَجَلٍ فَإِنَّهُ مَكْرُوهٌ. حَتَّى يَكْتَالَهُ الْمُشْتَرِي الآخَرُ لِنَفْسِهِ. وَإِنَّمَا كُرِهَ الَّذِي إِلَى أَجَلٍ. لِأَنَّهُ ذَرِيعَةٌ إِلَى الرِّبَا.

التأخير، وكأنه رآه من باب الكالئ بالكالئ، وقال سحنون: ليس له أخذ الثمن، وإنما له أن يصبر إلى القابل، واضطرب قول مالك في هذا، والمعتمد عليه في هذه المسألة ما رواه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم، وهو الذي اختاره أبو بكر الطرطوشي، والكالئ بالكالئ المنهيّ عنه إنما هو المقصود لا الذي يدخل اضطراراً، انتهى.

(قال مالك في الذي يشتري الطعام من رجل) أي اشترى زيد من عمرو مثلاً **(فيكتاله)** أي زيد لنفسه **(ثم يأتيه)** أي زيداً **(من يشتريه)** أي الطعام، وهو بكر مثلاً **(منه)** أي من زيد **(فيخبر)** أي يعلم زيد **(الذي يأتيه)** أي بكراً **(أنه)** أي زيد **(قد اكتاله)** أي الطعام **(لنفسه)** عند الشراء من عمرو، **(واستوفاه)** أي قبضه كاملاً **(فيريد المبتاع)** أي بكر **(أن يصدقه)** أي زيداً **(ويأخذه)** أي يأخذ بكر الطعام **(بكيله)** أي بكيل زيد.

فقال مالك في هذه المسألة: **(إنه ما بِيْعَ)** ببناء المجهول **(على هذه الصفة)** أي على كيل زيد **(بنقد)** أي معجلاً **(فلا بأس به)** أي يجوز، ومثل الكيل في هذا الحكم الوزن **(وما بيع على هذه الصفة إلى أجل)** أي نسيئة **(فإنه)** أي البيع **(مكروه)** لا يجوز **(حتى يكتاله المشتري الآخر)** وهو بكر **(لنفسه)**.

ثم بَيَّن وجه الكراهة، فقال: **(وإنما كره الذي)** أي البيع المذكور الذي بيع **(إلى أجل، لأنه)** أي البيع المذكور **(ذريعة)** بذال معجمة أي وسيلة **(إلى الربا)** يريد أنه لم يصدقه إلا من أجل الأجل، فكأنه أخذ للأجل ثمناً، قاله

وَتَخَوُّفُ أَنْ يُدَارَ ذٰلِكَ عَلَى هٰذَا الْوَجْهِ بِغَيْرِ كَيْلٍ وَلَا وَزْنٍ. فَإِنْ كَانَ إِلَى أَجَلٍ فَهُوَ مَكْرُوهٌ. وَلَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا.

أبو عمر، كذا في «الزرقاني»[١].

وقال الباجي[٢]: فإن الذي يظهر إلينا من جهة المنع أن يكون المبتاع تَجَوَّزَ في بعض الكيل لما عليه من الدين رجاء التأخير بعد الأجل، فيكون ذلك من وجه هدية المديان، ومن ابتاع بنقد فقد سلم من ذلك، وأما قوله: فهو ذريعة إلى الربا فلعله يريد ما ذكرناه؛ لأن ما يترك للبائع من نقص الكيل زيادة ازدادها من مال المبتاع، انتهى.

(ويتخوف) ببناء المجهول من المضارع في النسخ الهندية، وفي المصرية «تخوف» بالمصدر، قال الزرقاني: بالرفع عطف على ذريعة **(أن يدار)** ببناء المجهول من الإدارة **(ذلك)** البيع **(على هذا الوجه)** أي بالتصديق **(بغير كيل ولا وزن)**.

قال الزرقاني: فيؤدي إلى تعداد البيع قبل القبض **(فإن كان إلى أجل، فهو مكروه)** أعاد هذا الكلام تأكيداً أو تمهيداً لقوله: **(ولا اختلاف فيه)** أي في كراهة هذا البيع **(عندنا)** بالمدينة المنورة.

قال الموفق[٣]: إن أخبره البائع بكيله، ثم باعه بذلك الكيل، فالبيع صحيح، فإن قبضه باكتياله تم البيع والقبض، وإن قبضه بغير كيل كان بمنزلة قبضه جزافاً، فإن كان المبيع باقياً كاله عليه، فإن كان قدر حقه الذي أخبره به فقد استوفاه، وإن كان زائداً رد الفضل، وإن كان ناقصاً أخذ النقص، وإن كان قد تلف، فالقول قول القابض في قدره مع يمينه، وليس للمشتري التصرف في الجميع قبل كيله، انتهى.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٢٧).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٧٥).

(٣) «المغني» (٦/ ٢٠٥).

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَنْبَغِي أَنْ يُشْتَرَى دَيْنٌ عَلَى رَجُلٍ غَائِبٍ ....

وقال ابن رشد: يجوز عند مالك أن يصدق المشتري البائع في كيلها إذا لم يكن البيع نسيئة؛ لأنه يَتّهِمُه أن يكون صدقه لينظره بالثمن، وعند غيره لا يجوز ذلك، حتى يكتالها المشتري، لنهيه ﷺ عن بيع الطعام، حتى يجري فيه الصاعان، وأجازه قوم على الإطلاق، وممن منعه أبو حنيفة والشافعي وأحمد، وممن أجازه بإطلاق عطاء بن أبي رباح وابن أبي مليكة، انتهى.

وقال أيضاً في موضع آخر(١): اختلف العلماء فيمن أسلم إلى آخر، أو باع منه طعاماً على مكيلةٍ ما، فأخبر البائع أو المسلم إليه المشتري بكيل الطعام، هل للمشتري أن يقبضه منه دون أن يكيله، وأن يعمل في ذلك على تصديقه؟ فقال مالك: ذلك جائز في السلم، وفي البيع بشرط النقد، وإلا خيف أن يكون من باب الربا، كأنه إنما صدقه في الكيل لمكان أنه أنظره بالثمن.

وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري والأوزاعي والليث: لا يجوز ذلك، حتى يكيله البائع للمشتري مرة ثانية بعد أن كاله لنفسه بحضرة البائع، واحتجوا بأنه ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشتري.

واختلفوا إذا هلك الطعام في يد المشتري قبل الكيل، فاختلفا في الكيل، فقال الشافعي: القول قول المشتري، وبه قال أبو ثور، وقال مالك: القول قول البائع؛ لأنه قد صَدَّقه المشتري عند قبضه إياه، وهذا مبنيٌّ عنده على أن البيع يجوز بنفس تصديقه، انتهى.

(قال مالك: لا ينبغي) أي لا يجوز **(أن يشترى)** ببناء المجهول **(دين)** يكون **(على رجل غائب)** قال الزرقاني(٢): إن لم يكن به بيِّنة؛ لأنه غرر، كشراء

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٠٧).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٢٧).

وَلَا حَاضِرٍ. إِلَّا بِإِقْرَارٍ مِنَ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ. وَلَا عَلَى مَيِّتٍ، وَإِنْ عَلِمَ الَّذِي تَرَكَ الْمَيِّتُ، اوَذٰلِكَ أَنَّ اشْتِرَاءَ ذٰلِكَ غَرَرٌ. لَا يُدْرَى أَيَتِمُّ أَمْ لَا يَتِمُّ.

الآبق، ولعله ينكر فيبطل، وإن نقد كان أشدّ؛ لأنه يكون تارة بيعاً، وتارة سلفاً، قاله الباجي.

قلت: ونص كلام الباجي في «المنتقى»:[١] هذا على ما قال: لا يجوز أن يشترى دَيْنٌ على غائب، وذلك أن الدين الذي على الغائب لا يخلو أن يكون يثبت عليه بشهود عدول، أو لا يثبت عليه ذلك إلا بدعوى البائع له، وعلى الثاني لا خلاف في المنع منه، لما فيه من الغرر والخطر؛ لجواز أن ينكر من هو عليه، فيبطل ذلك كشراء الآبق، وإن نقد فيه دخله وجه آخر من الفساد؛ لأنه إن أنكره من هو عليه رجع بما نقد فيه، وإن نقد البيع فيه، كان ثمناً لما اشتراه، فيكون تارة بيعاً وتارة سلفاً.

وإن ثبت ذلك بِبَيِّنَةِ عدول، فهل يجوز شراؤه والذي عليه الدين غائب؟ روى داود عن مالك إذا ثبت الدين ببينة، وعلم أن الذي عليه الحق حيٌّ فلا بأس بذلك، وروى عيسى عن ابن القاسم ثبتت له البيِّنة أو لم تثبت، لا أحبه، انتهى.

(ولا) يشترى دين على رجل **(حاضر إلا بإقرار)** مصدر منكر في النسخ المصرية، ومعرف في النسخ الهندية **(من الذي عليه الدين)** حرف الجر يتعلق بالإقرار **(ولا)** يشترى دين **(على ميت وإن)** وصلية **(علم)** المشتري **(الذي ترك الميت)** من المال **(وذلك)** أي وجه الكراهة **(أن اشتراء ذلك)** المذكور من دين الغائب ودين الميت **(غرر)** ظاهر؛ لأنه **(لا يدرى أيتم أم لا يتم)** أي يحصل له المبيع أم لا.

---

(١) (٧٦/٥).

قَالَ: وَتَفْسِيرُ مَا كُرِهَ مِنْ ذٰلِكَ، أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى دَيْناً عَلَى غَائِبٍ، أَوْ مَيِّتٍ. أَنَّهُ لَا يُدْرَى مَا يَلْحَقُ الْمَيِّتَ مِنَ الدَّيْنِ، الَّذِي لَمْ يُعْلَمْ بِهِ. فَإِنْ لَحِقَ الْمَيتَ دَيْنٌ، ذَهَبَ الثَّمَنُ الَّذِي أَعْطَى الْمُبْتَاعُ بَاطِلاً.

قَالَ مَالِكٌ: وَفِي ذٰلِكَ أَيْضاً عَيْبٌ آخَرُ. أَنَّهُ اشْتَرَى شَيْئاً لَيْسَ بِمَضْمُونٍ لَهُ. وَإِنْ لَمْ يَتِمَّ ذَهَبَ ثَمَنُهُ بَاطِلاً. فَهٰذَا غَرَرٌ لَا يَصْلُحُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنما فُرِقَ بَيْنَ أَنْ لَا يَبِيعَ الرَّجُلُ إِلَّا مَا عِنْدَهُ.

(قال مالك) ليس هذا اللفظ في بعض النسخ المصرية(١)، والكلام الآتي ملحق بما سبق **(وتفسير ما كره من ذلك)** أي توضيح الكراهة في البيع المذكور **(أنه إذا اشترى ديناً)** كائناً **(على غائب أو)** على **(ميت أنه)** المشتري **(لا يدري ما يلحق الميت)** المذكور **(من الدين الذي لم يعلم به)** بيان لما **(فإن لحق الميت دين)** آخر أيضاً **(ذهب الثمن الذي أعطى المبتاع باطلاً)** وذلك واضح؛ لأن المتروك يقسم على الديون.

(قال مالك: وفي ذلك) أي البيع المذكور **(أيضاً عيب آخر)** وهو **(أنه)** أي المشتري **(اشترى شيئاً ليس بمضمون له)** لأن الميت سقط ضمانه بموته، والغائب لا يدرى هل يقر أم لا **(وإن لم يتم)** القبض **(ذهب ثمنه باطلاً)** كما هو ظاهر **(فهذا غرر لا يصلح)** ولا يجوز هذا البيع للغرر.

قال الموفق(٢): إذا كان لرجل في ذمة آخر طعام من قرض لم يجز أن يبيعه من غيره قبل قبضه؛ لأنه غير قادر على تسليمه، ويجوز بيعه ممن هو في ذمته في الصحيح من المذهب، وهذا مذهب الشافعي، وروي أنه لا يصح، كما لا يصح في السلم، والأول أولى، انتهى.

(قال مالك: وإنما فُرِقَ) ببناء المجهول **(بين أن لا يبيع الرجل إلا ما عنده)**

---

(١) كذلك ليس هذا اللفظ في نسخة «الاستذكار» (٢٠/ ٢٧٧) أيضاً.

(٢) «المغني» (٦/ ١٩٨).

وَأَنْ يُسَلِّفَ الرَّجُلُ فِي شَيْءٍ لَيْسَ عِنْدَهُ أَصْلُهُ. أَنَّ صَاحِبَ الْعِينَةِ إِنَّمَا يَحْمِلُ ذَهَبَهُ الَّتِي يُرِيدُ أَنْ يَبْتَاعَ بِهَا. فَيَقُولُ: هٰذِهِ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ. فَمَا تُرِيدُ أَنْ أَشْتَرِيَ لَكَ بِهَا؟ فَكَأَنَّهُ يَبِيعُ عَشَرَةَ دَنَانِيرَ نَقْداً. بِخَمْسَةَ عَشَرَ دِينَاراً إِلَى أَجَلٍ. فَلِهٰذَا، كُرِهَ هٰذَا. ....

ولا يجوز له أن يبيع ما ليس عنده (و) بين (**أن يسلف**) أي يسلم (**الرجل في شيء ليس عنده أصله**) الظاهر عندي أن لفظ «أصله» اسم ليس، و«عنده» خبره، والضمير إلى الموصول، أي ليس عند المسلم إليه أصل المسلم فيه، وجعل العلامة الزرقاني لفظ «أصله» ابتداء الكلام الآتي إذ فَسَّره بقوله: أي بناؤه الذي بنى عليه، انتهى.

وأيًّا ما كان مقصود الإمام مالك بيان وجه الفرق بين جواز السلم مع كون المسلم فيه غير موجود عند المسلم إليه، وبين عدم جواز بيع ما ليس بموجود عند البائع.

(**أن صاحب العينة**) بكسر العين وسكون التحتية، وإطلاق العينة عليه مجاز، إذ العينة بيع السلعة بثمنٍ مؤجل، ثم شراؤه بأنقص منه حالاً، كما تقدم في بابه، وهذا الرجل كأنه يبيعه مؤجلاً، ثم يشتريه بأقل من الثمن الذي باع به حالّاً.

(**إنما يحمل ذهبه التي يريد أن يبتاع بها**) أي بالذهب (**فيقول**) لرجل آخر مثاله أن زيداً يقول لعمرو: (**هذه عشرة دنانير**) عندي (**فما تريد أن أشتري لك بها؟**) أي بهذه العشرة وأبيعه منك بخمسة عشر ديناراً (**فكأنه**) أي زيداً (**يبيع عشرة دنانير**) التي عنده (**نقداً**) إذ يشتري بها شيئاً مرغوباً لعمرو (**بخمسة عشر ديناراً**) التي يشتري بها عمرو بعد ذلك (**إلى أجل**) لأن زيداً يشتريه حالاً، وعمرو يشتري منه بعد ذلك، فكأن زيداً باع العشرة بخمسة عشر التي يأخذ من عمرو بعد ذلك (**فلهذا كره هذا**) أي بيع ما ليس عند البائع سدّاً للذريعة، إذ هو يكون شبيهاً بالعينة، بخلاف السلم إذ ليس فيه شبه العينة.

وَإِنَّمَا تِلْكَ الدِخْلَةُ وَالدُّلْسَةُ.

(٤١) باب ما جاء في الشركة والتولية والإقالة

(وإنما تلك) الصورة **(الدِخْلَةُ)** مثلث الدال المهملة وسكون الخاء المعجمة، كما في «القاموس» أي النية إلى التوصل إلى الربا **(والدُّلْسَةَ)** بضم الدال المهملة أي التدليس والغرر، قال الباجي[١]: هذا على حسب ما ذكره أن من وجوه فساد بيع ما ليس عنده، وإن جاز ذلك في السلم، إن عمل أهل العينة إنما يقصدون بذلك إلى سلف درهم في درهم ونصف؛ لأنه يقول له: هذه عشرة دنانير أشتري لك بها ما شئت، أبيعه منك بخمسة عشر ديناراً إلى أجل، فكأنه باع عشرة نقداً بخمسة عشر إلى أجل، وهذا الذي ذكره وجهٌ من وجوه المنع من بيع ما ليس عندك بسبب الذريعة، وإنما قصد لما كان يتكرر قصده، وإلا فبيع ما ليس عندك ممنوع، وقد روي عن حكيم بن حزام سألت رسول الله ﷺ، فقلت: يا رسول الله يأتيني الرجل، يسألني البيع، ليس عندي أبيعه منه ثم أبتاعه من السوق؟ قال: فقال: «لا تبع ما ليس عندك»، انتهى.

(٤١) ما جاء في الشركة

قال المجد: الشرك والشركة بكسرهما، وضم الثاني بمعنىً، وقد اشتركا وتشاركا، وشارك أحدهما الآخر، والشرك بكسر، وكأمير: المشارك، والجمع أشراك وشركاء، وهي شريكة، جمعها شرائك، وشَرِكَه في البيع والميراث، كعلمه، شِرْكَةً بالكسر، قاله الزرقاني[٢].

وقال الموفق[٣]: الشركة الاجتماع في استحقاق أو تصرف، وهي ثابتة

(١) «المنتقى» (٥/ ٧٧).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٢٨).

(٣) «المغني» (٧/ ١٠٩).

....

بالكتاب والسنة، وأجمع المسلمون على جوازها في الجملة، وإنما اختلفوا في أنواع منها، وهي على ضربين: شركة أملاك، وشركة عقود، وهي أنواع خمسة، شركة العنان، والأبدان، والوجوه، والمضاربة، والمفاوضة، انتهى.

وقال ابن رشد[١]: الشركة في الجملة عند فقهاء الأمصار على أربعة أنواع، شركة العنان، والأبدان، والمفاوضة، والوجوه، وواحدة منها متفق عليها، وهي شركة العنان، وإن كان بعضهم لم يُعَرِّفْ هذا اللفظ، وإن كانوا اختلفوا في بعض شروطها، والثلاثة مختلف فيها، ومختلف في بعض شروطها أيضاً.

والتولية

قال صاحب «الدر المختار»[٢]: هو مصدر ولَّى غيره، أي جعله والياً، وشرعاً: بيعه بثمنه الأول ولو حكماً، قال ابن عابدين: قوله: جعله والياً، فكأن البائع جعل المشتري والياً فيما اشتراه أي جعل له ولاية عليه، وهذا إبداء مناسبة المعنى الشرعي للمعنى اللغوي، انتهى.

وفي «الشرح الكبير»[٣] لابن قدامة: التولية البيع برأس المال، فيقول: ولّيتكه أي بعتكه برأس ماله أو بما اشتريته أو برقمه، انتهى.

وفي «الهداية»[٤]: المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح، والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول، بالثمن الأول من غير زيادة ربح، والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز، والحاجة ماسّةٌ إلى هذا النوع

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٥١).

(٢) (٥/ ٢٥٧).

(٣) (٤/ ١٠٠).

(٤) (٢/ ٥٦).

....

من البيع؛ لأن الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد على فعل الزكي المهتدي، ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح، فوجب القول بجوازهما.

ولهذا كان مبناهما على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها، وقد صحَّ أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر بعيرين، فقال له النبي ﷺ: ولِّني أحدهما، فقال: هو لك بغير شيء، فقال عليه الصلاة والسلام: أما بغير ثمن فلا، انتهى.

والإقالة

قال صاحب «الدر المختار»[1]: هي لغة الرفع، من أقال، أجوف يائي، وشرعا: رفع البيع، وعمم في «الجوهرة» فَعَبَّرَ بالعقد، قال ابن عابدين: قوله: من أقال، ويأتي ثلاثياً، يقال: قاله قيلاً من باب باع إلا أنه قليل، وفي قوله: أجوف يائي ردٌّ على من قال: إنه أجوف واوي من القول، والهمزة للسلب، فأقال بمعنى أزال القول، أي القول الأول، وهو البيع، كأشكاه أزال شكايته، ودفع بثلاثة أوجه، ذكرها في «الفتح»[2]، الأول: قولهم: قِلْتَه بالكسر، فهو يدل على أن عينه ياء لا واو، الثاني: أنه ذكر الإقالة في «الصحاح» من القاف مع الياء لا مع الواو، الثالث: أنه ذكر في «مجمع اللغة» قال البيع قيلاً وإقالة: فسخه، انتهى.

قال الموفق[3]: اختلفت الرواية في الإقالة، فعن الإمام أحمد أنها فسخ وهو الصحيح، وهو مذهب الشافعي، والثانية: أنها بيع، وهي مذهب مالك؛

(١) (٥/ ٢٤٢).

(٢) «فتح القدير» (٥/ ٢٥٥).

(٣) «المغني» (٦/ ١٩٩).

٨٦/١٣٨٢ ـ قَالَ مَالِكٌ، فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ الْبَزَّ الْمُصَنَّفَ، وَيَسْتَثْنِي ثِيَاباً بِرُقُومِهَا: إِنَّهُ إِنِ اشْتَرَطَ أَنْ يَخْتَارَ مِنْ ذٰلِكَ، الرَّقْمَ، فَلَا بَأْسَ بِهِ. وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُ حِينَ اسْتَثْنَى، فَإِنِّي أَرَاهُ شَرِيكاً فِي عَدَدِ الْبَزِّ الَّذِي اشْتُرِيَ مِنْهُ. ....

لأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليها منه، فلما كان الأول بيعاً كذلك الثاني، ولأنه نقل الملك بعوض على وجه التراضي فكان بيعاً كالأول، وحكي عن أبي حنيفة أنها فسخ في حق العاقدين، بيع في حق غيرهما، فلا تثبت أحكام البيع في حقهما، بل تجوز في السلم، وفي المبيع قبل قبضه، ويثبت حكم البيع في حق الشفيع، حتى يجوز له أخذ الشقص الذي تقايلا فيه.

ولنا، أن الإقالة هي الدفع والإزالة، قال النبي ﷺ: «من أقال نادماً أقاله الله عثرته يوم القيامة»[1] قال ابن المنذر: وفي إجماعهم أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه مع إجماعهم على أن له أن يقيل المسلم جميع المسلم فيه دليل على أن الإقالة ليست بيعاً، انتهى.

٨٦/١٣٨٢ ـ **(قال مالك في الرجل يبيع البز)** أي الثوب **(المصنف)** بضم الميم وفتح الصاد المهملة والنون الثقيلة، أي المجموع من أصناف **(ويستثني)** منه **(ثياباً)** أي عدة أثواب **(برقومها)** جمع رقم **(إنه)** أي البائع **(إن اشترط أن يختار من ذلك الرقم)** كذا في النسخ الهندية وبعض المصرية، وفي أكثرها من ذلك الرقيم على وزن فعيل بمعنى المرقوم **(فلا بأس به)** أي يجوز إن لم يكن المستثنى أكثر، كما هو المعروف من مذهب الإمام مالك أن استثناء الأكثر لا يجوز **(وإن لم يشترط)** البائع **(أن يختار منه)** أي من الرقم **(حين استثنى)** أي حين شرط الاستثناء **(فإني أراه)** أي البائع **(شريكاً)** للمشتري **(في عدد البز الذي اشتري منه)** المشتري.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٤٦).

وَذٰلِكَ أَنَّ الثَّوْبَيْنِ يَكُونُ رَقْمُهُمَا سَوَاءً وَبَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ فِي الثَّمَنِ.

قال الباجي(١): وهذا على ما قال: إن الرجل إذا باع أصنافاً من البز، واستثنى منها ثياباً بما رقم عليها من الثمن، أو بما كان عليه رقم جنس ما، والأول أظهر، فإنه لا يخلو إذا استثنى بعض النوع الذي استثنى منه أن يستثني الاختيار أو لا يشترط شيئاً، فإن استثنى الاختيار، فإن له ذلك، ولا يجوز ذلك إذا استثنى اختيار الأكثر منه، وهو بائع، وقد تقدم ذكره، وإن لم يشترط شيئاً، فهو شريك ذلك النوع بقدر ما استثنى منه من جميع عدده، وذلك مثل أن يكون ذلك النوع الذي استثنى منه ثلثين ثوباً، فيستثني منها عشرة أثواب، فإنه يكون شريكاً في ذلك النوع من الثياب بالثلث ولمن ابتاع منه ثلثاه.

(وذلك) أي سبب الاشتراك إذا لم يشترط الخيار **(أن الثوبين)** طالما **(يكون رقمهما سواء و)** يكون **(بينهما تفاوت)** ظاهر **(في الثمن)** قال الباجي: يريد أن لا يكون أفضلهما ولا أدناهما لتفاوت أثمان النوع الواحد من الثياب مع تساويهما في الرقوم، إما لأن الرقم بمعنى النوع، وإما لغلاء أو رخص، وإما أن البائع قد رقمها على المشتري بثمن واحد، يتحمل بعضها بعضاً، فإذا لم يشترط تعييناً ولا اختياراً فلم يبق إلا أن يكون شريكاً بعدد ما استثناه، انتهى.

قلت: ولعل هذا مبني على أصل الإمام مالك أنه يُبيح استثناء شيء من المبيع يختاره البائع بعد البيع.

قال الموفق(٢): إن باع قطيعاً واستثنى منه شاةً بعينها صحَّ، وإن استثنى شاةً غير معينة لم يصح، وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال مالك: يصحُّ أن يبيعَ مائةَ شاةٍ إلا شاة يختارها أو يبيع ثمرة حائطه، ويستثني ثمرة نخلات يَعُدُّها، انتهى. وتقدم البسط في ذلك في جامع بيع الثمر.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٧٨).

(٢) «المغني» (٦/ ١٧٤).

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا، أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِالشِّرْكِ وَالتَّوْلِيَةِ وَالْإِقَالَةِ مِنْهُ فِي الطَّعَامِ وَغَيْرِهِ. قَبَضَ ذٰلِكَ أَوْ لَمْ يَقْبِضْ. إِذَا كَانَ ذٰلِكَ بِالنَّقْدِ. وَلَمْ يَكُنْ فِيهِ رِبْحٌ وَلَا وَضِيعَةٌ وَلَا تَأْخِيرٌ لِلثَّمَنِ. فَإِنْ دَخَلَ ذٰلِكَ رِبْحٌ أَوْ وَضِيعَةٌ أَوْ تَأْخِيرٌ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، صَارَ بَيْعاً يُحِلُّهُ مَا يُحِلُّ الْبَيْعَ. وَيُحَرِّمُهُ مَا يُحَرِّمُ الْبَيْعَ. وَلَيْسَ بِشِرْكٍ وَلَا تَوْلِيَةٍ وَلَا إِقَالَةٍ.

(**قال مالك: والأمر**) المختار (**عندنا**) في المدينة المنورة (**أنه لا بأس بالشرك**) بكسر شين وسكون راء من إطلاق اسم المصدر على المعنى الحاصل به، أي التشريك لغيره فيما اشتراه (**والتولية**) لغيره فيما اشتراه بما اشتراه (**والإقالة**) زاد في بعض النسخ المصرية بعد ذلك لفظ «منه»، فالضمير إلى البائع (**في الطعام وغيره**) أي لا فرق في ذلك بين الطعام وغيره.

(**قبض**) المشتري (**ذلك**) المبيع (**أو لم يقبض**) يعني قبل القبض وبعده في ذلك سواء (**إذا كان ذلك**) الشرك وغيره (**بالنقد**) أي معجلاً بدون النسيئة (**ولم يكن فيه**) أي في المذكور من الشرك وغيره (**ربح**) أي زيادة (**ولا وضيعة**) أي نقص من الثمن الأول (**ولا تأخير للثمن**) تأكيد لقوله: نقداً، فكان هذا مستثنى من بيع الطعام قبل قبضه.

(**فإن دخل**) في (**ذلك ربح أو وضيعة أو تأخير من واحد منهما**) أي البائع أو المشتري (**صار**) هذا العقد (**بيعاً**) مستقلاً (**يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع**) يعني يجري عليه أحكام البيوع مما يجوز في البيع، ولا يجوز فيه، (**وليس بشرك ولا تولية ولا إقالة**) أي لم يبق في حكم الشرك وغيره بعد دخول الربح وغيره؛ لأن شرط هذه العقود الثلاثة أن يتساوى البيع الأول، والثاني في الثمن معجلاً.

قال الباجي[١]: وهذا على ما ذكر أن من ابتاع طعاماً على كيل أو وزن

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٧٨).

....

أو عدد، فلا يجوز أن يبيعه حتى يستوفيه لنهي النبي ﷺ عن ذلك، ويجوز له أن يشرك فيه، بأن يولي أحداً جزءاً منه، أو يوليه جميعه، أو يقيل البائع منه، وذلك كله قبل استيفائه، والأصل في ذلك ما روى ربيعة عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى، وأرخص في الشركة والتولية والإقالة.

ومن جهة المعنى أن هذا من عقود المكارمة، فاستثنى من بيع الطعام قبل استيفائه، كما استثنى بيع العرية من النهي عن بيع الرطب بالتمر.

وقوله: إذا كان في ذلك النقد، يريد أن يكون البيع على النقد، وتكون على ذلك الشركة أو التولية أو الإقالة، ولو كان النقد الأول على التأجيل لم يجز ذلك. وإن كانت الشركة والتولية والإقالة إلى ذلك الأجل؛ لأن من سنة هذه العقود أن تكون مساوية لما تقدمها من البيع، ولا يكون في شيء من العوضين نقص ولا زيادة، غير ما انعقد به البيع الأول، ولا يكاد الرقم يتساوى، ولا تصح في ذلك شركة ولا تولية ولا إقالة لعدم تساوي الرقم، فإذا كان البيع الأول بالنقد جازت الشركة والتولية والإقالة بالنقد دون تأخير ولا زيادة في الثمن ولا نقص منه؛ لأن ذلك يخرجه عن حكم الشركة والتولية والإقالة إلى حكم البيع المحض المنافي للمكارمة، المبني على المغابنة، والمكايسة.

فلو كان من أحدهما تأخير بأن يؤخر المسلم إليه برأس مال المسلم أو يكون المبيع منه الطعام، ثم قد أخّر بثمنه، ثم أقال منه على التعجيل، أو اشترك، أو ولّى على التعجيل، فإن ذلك كله يخرجه عن عقود المكارمة إلى المبايعة المحضة، انتهى.

قال ابن رشد[1]: أما العقود التي تتردد بين قصد الرفق والمغابنة، وهي

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ١٤٦).

....

التولية والشركة والإقالة، فإذا وقعت على وجه الرفق من غير أن تكون الإقالة أو التولية بزيادة أو نقصان، فلا خلاف أعلمه في المذهب أن ذلك جائز قبل القبض وبعده، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا تجوز الشركة ولا التولية قبل القبض، وتجوز الإقالة عندهما؛ لأنها قبل القبض فسخُ بيعٍ لا بيعٌ.

فعمدة من اشترط القبض في جميع المعاوضات أنها في معنى البيع المنهي عنه، وإنما استثنى مالك من ذلك هذه الثلاثة للأثر، والمعنى، أما الأثر فما روي عن سعيد بن المسيب مرسلاً، تقدم قريبا، وأما المعنى فإن هذه يراد بها الرفق، لا المغابنة إذا لم تدخلها زيادة ولا نقصان، وإنما استثنى من ذلك أبو حنيفة الصداق والخلع والجُعل، لأن العوض في ذلك ليس بَيِّناً إذا لم يكن عيناً، انتهى.

وقال الخرقي: من اشترى ما يحتاج إلى قبضه لم يجز بيعه حتى يقبضه، والشركة فيه والتولية والحوالة به كالبيع، وليس كذلك الإقالة؛ لأنها فسخ، وعن أبي عبد الله أنها بيع، قال الموفق[1]: وجملته أن ما يحتاج إلى القبض لا تجوز الشركة فيه، ولا توليته، ولا الحوالة به قبل قبضه، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك: يجوز، هذا كله في الطعام قبل قبضه؛ لأنها تختص بالثمن الأول، فجازت قبل القبض كالإقالة.

ولنا، أن هذه أنواع بيع، فتدخل في عموم النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفيه، واختلفت الرواية في الإقالة، فعن الإمام أحمد أنها فسخ، وهو الصحيح، وهو مذهب الشافعي، والثانية، أنها بيع، وهي مذهب مالك، وحكي عن أبي حنيفة أنها فسخ في حق المتعاقدين بيعٌ في حق غيرهما، فلا تثبت أحكام البيع في حقهما، بل تجوز في السلم وفي المبيع قبل قبضه.

---

(١) «المغني» (٦/ ١٩٤ وما بعدها).

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ اشْتَرَى سِلْعَةً بَزًّا أَوْ رَقِيقاً. فَبَتَّ بِهِ. ثُمَّ سَأَلَهُ رَجُلٌ أَنْ يُشَرِّكَهُ فَفَعَلَ. وَنَقَدَا الثَّمَنَ صَاحِبَ السِّلْعَةِ ....

قال ابن المنذر: وفي إجماعهم أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه، مع إجماعهم على أن له أن يُقيل المُسلمَ جميع المسلم فيه دليل على أن الإقالة ليست بيعاً، فإن قلنا: هي فسخ جازت قبل القبض وبعده، وقال أبو بكر: لا بد فيها من كيلٍ ثانٍ، ويقوم الفسخُ مقامَ البيع في إيجاب كيلٍ ثانٍ، كقيام فسخ النكاح مقام الطلاق في العدة.

ولنا، أنه فسخ للبيع، فجاز قبل القبض، كالرد بالعيب والفسخ بالخيار، وفارق العدة؛ لأنها اعتبرت للاستبراء، والحاجة داعية إليه في كل فُرقة بعد الدخول، بخلاف مسألتنا، فإن قلنا: هي بيع لم يجز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض؛ لأن بيعه من بائعه قبل قبضه لا يجوز، كما لا يجوز من غيره، انتهى.

وفي «شرح الإقناع»[1]: لا يصح بيع ما ابتاعه، ولا الإشراك فيه ولا التولية حتى يقبضه، سواء كان منقولاً أو عقاراً، وبيعه للبائع كغيره لعموم الأخبار ولضعف الملك، انتهى.

(قال مالك: من اشترى) أي زيد مثلاً **(سلعة)** من عمرو **(بزّاً أو رقيقاً)** أو غير ذلك **(فبتَّ به)** بتشديد التاء، أي قطع الشراءَ بدون الخيار وغيره، وفي نسخة: بتَّ شراءه، وفي أخرى: بيعه، والمؤدى واحدٌ **(ثم سأله)** أي زيداً **(رجل)** آخر بكر مثلًا **(أن يُشْركه)** من الإفعال أو التفعيل، أي يشرك زيدٌ بكراً في سلعته **(ففعل ونقدا)** بصيغة التثنية ضبطه الزرقاني، وهو الأوجه، أي نقد المشتري ومن شركه، وفي النسخ الهندية وأكثر المصرية بالإفراد، أي نقد كلُّ واحدٍ منهما أي من زيد وبكر، أو الضمير إلى زيد فقط، فإنه وحده كان المشتري أصالة **(الثمن)** المفعول الأول **(صاحب السلعة)** عمراً مفعول ثانٍ

---

(١) (٣/ ٢٢).

جَمِيعاً. ثُمَّ أَدْرَكَ السِّلْعَةَ شَيْءٌ يَنْتَزِعُهَا مِنْ أَيْدِيهِمَا. فَإِنَّ الْمُشَرَّكَ يَأْخُذُ مِنَ الَّذِي أَشْرَكَهُ الثَّمَنَ. وَيَطْلُبُ الَّذِي أَشْرَكَ بَيِّعَهُ الذي بَاعَهُ السِّلْعَةَ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ. إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُشَرِّكُ عَلَى الَّذِي أَشْرَكَ بِحَضْرَةِ الْبَيْعِ. وَعِنْدَ مُبَايَعَةِ الْبَائِعِ الْأَوَّلِ. وَقَبْلَ أَنْ يَتَفَاوَتَ ذَلِكَ. أَنَّ عُهْدَتَكَ عَلَى الَّذِي ابْتَعْتُ مِنْهُ. وَإِنْ تَفَاوَتَ ذٰلِكَ. وَفَاتَ الْبَائِعَ الْأَوَّلَ. فَشَرْطُ الآخَرِ بَاطِلٌ. وَعَلَيْهِ الْعُهْدَةُ.

(جميعا) تأكيد لضمير التثنية **(ثم أدرك السلعة)** مفعول **(شيء)** فاعله المؤخر **(ينتزعها)** أي السلعة **(من أيديهما)** أي من أيدي زيد وبكر، بأن استحقت لرجل آخر **(فإن المُشْرَك)** بصيغة المفعول وهو بكر في مثالنا **(يأخذ من الذي أشركه)** أي من زيد **(الثمن)** الذي أدى إلى زيد أو عمرو، لأن زيداً هو الذي أخذ الثمن من بكر، فعليه العهدة.

(ويطلب) زيد **(الذي أشرك)** بكراً ثمنه **(بيِّعَه)** بكسر التحتية الثقيلة فسَّره بقوله **(الذي باعه)** أي باع زيداً **(السلعة)** هو عمرو يعني يطلب زيد الثمن عن عمرو، وهذا الذي اخترنا من السياق، هو سياق النسخ المصرية، وهو أوضح من سياق النسخ الهندية، ففيها «ويطلب الذي باعه السلعة»، فيكون ضمير الفاعل في يطلب إلى زيد والذي باعه مفعوله **(إلا أن يشترط المشرك)** بكسر الراء، وهو زيد **(على الذي أشركه)** أي على بكر **(بحضرة البيع)** الأول **(وعند مبايعة البائع الأول)** أي عمرو **(وقبل أن يتفاوت ذلك)** أي قبل أن يتبدل مجلس البيع **(أن عهدتك على الذي ابتعت)** بصيغة المتكلم **(منه)** الضمير للموصول، وهو عمرو، وهذا بيان الشرط يعني إلا أن يشترط زيد من بكر أن عهدتك على عمرو **(وإن تفاوت ذلك)** أي تغير مجلس العقد الأول **(وفات البائع الأول)** أي ذهب عمرو بعد البيع **(فشرط الآخر)** أي شرط زيد بعد ذهاب عمرو **(باطل)** لا يعبأ به **(وعليه)** أي على زيد **(العهدة)** لبكر.

قَالَ مَالِكٌ، فِي الرَّجُلِ يَقُولُ لِلرَّجُلِ: ....

قال الزرقاني[١]: ووافق الإمامَ على هذا أصبغُ، وقال عيسى عن ابن القاسم: العهدة في الشركة والتولية إذا كانت بحضرة البيع أنها أبداً على البائع الأول، وقيل: غير ذلك، انتهى.

قال الباجي[٢]: وهذا على ما قال: إن من اشترى بزاً أو رقيقاً فبت شراءه، يعني اشتراه على القطع دون الخيار، ثم أشرك فيه رجلاً بأن باعه نصفه أو جزءاً منه، ونقد الثاني صاحب السلعة يريد البائع جميع الثمن ثم استحقت، فإن دافع الثمن إلى البائع يرجع على المبتاع الأول بجيمع الثمن، ويرجع المبتاع الأول بذلك على بائعه، ووجه ذلك، أنه بيع مستأنف، وكونه على صفة مخصوصة لا يخرجه عن أن تكون فيه العهدة على البائع، ومعنى ذلك كله أن عهدة الشريك على من أشركه على الإطلاق وعدم الشرط.

وقوله: إلا أن يشترط إلخ، يريد أن الشرط يصحُّ في الوقتين، روى عيسى عن ابن القاسم أنه إن اشترط عليه ذلك بحضرة البيع، وقبل أن يفترقا مفارقة بَيِّنَةً، ويقطع ما كانا فيه من البيع ومذاكرته، وقبض منه حقه أو أخَّره به، فانبتَّ الأمرُ بينهما، ثم أشركه بعد ذلك، فإن اشترط البيع قبل هذا أن تكون العهدة على البائع صحَّ ما شرطه، وإن اشترط بعد ذلك، فالعهدة على المشترط، ولا ينتفع بشرطه، وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله، انتهى.

وفي «الدر المختار»[٣]: ولو استحق من يد المشتري الأخير كان قضاءً على جميع الباعة، ولكلٍ أن يرجع على بائعه بالثمن، انتهى.

(قال مالك في الرجل) أي في زيد مثلًا **(يقول للرجل)** الآخر أي لعمرو

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٢٩).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٧٩).

(٣) (٧/ ٤٧٦).

اشْتَرِ هٰذِهِ السِّلْعَةَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ. وَانْقُدْ عَنِّي وَأَنَا أَبِيعُهَا لَكَ: إِنَّ ذٰلِكَ لَا يَصْلُحُ. حِينَ قَالَ: انْقُدْ عَنِّي وَأَنَا أَبِيعُهَا لَكَ. وَإِنَّمَا ذٰلِكَ سَلَفٌ يُسْلِفُهُ إِيَّاهُ. عَلَى أَنْ يَبِيعَهَا لَهُ. وَلَوْ أَنَّ تِلْكَ السِّلْعَةَ هَلَكَتْ. أَوْ فَاتَتْ. أَخَذَ ذٰلِكَ الرَّجُلُ الَّذِي نَقَدَ الثَّمَنَ. مِنْ شَرِيكِهِ مَا نَقَدَ عَنْهُ. فَهٰذَا مِنَ السَّلَفِ الَّذِي يَجُرُّ مَنْفَعَةً.

(أشتري) بصيغة المتكلم في النسخ الهندية، وبصيغة الخطاب في النسخ المصرية، ولا يختلف الحكم في الصورتين **(هذه السلعة)** مشتركاً **(بيني وبينك وانقد)** بصيغة الخطاب **(عني)** أي أعط أنت ثمن حصتي أيضاً **(وأنا أبيعها لك)** يعني أنا أكفيك بيعها أي بيع نصيبك أيضاً **(إن ذلك)** العقد **(لا يصلح)** ولا يجوز **(حين قال: انقد عني وأنا أبيعها لك)** وهذا وجه عدم وجه الجواز، ثم فسر عدم الجواز بقوله: **(وإنما)** صار **(ذلك)** أي نقد عمرو الثمن **(سلفٌ يسلفه إياه)** أي يقرض عمرو زيداً **(على)** شرط **(أن يبيعها)** زيد **(له)** أي لعمرو **(ولو أن تلك السلعة هلكت)** بعد ذلك **(أو فاتت)** أي تغيرت بحوالة الأسواق وغيرها **(أخذ ذلك الرجل)** عمرو **(الذي نقد الثمن من شريكه)** أي من زيد **(ما نقد عنه)** مفعول أخذ **(فهذا من السلف الذي يجر منفعة)** لعمرو، فلذا منع.

قال الباجي[1]: وهذا على ما قال: لأن قوله: انقد عني، اشتراط سلف يسلفه ثمنها، ليكفيه هو مؤنة بيعها، ويتولى ذلك دونه فقد جعل جعله في الانفراد ببيع السلعة الانتفاع بما يُسْلِفُه الآخر من ثمنها إلى أن يبيعها، ويردُّ عليه بما أسلفه، واستدل مالك على أن معنى هذا السلف، بأن السلعة لو هلكت لرجع المسلف على شريكه بما أسلفه من ثمنها، فإذا ثبت أن معناه السلف لم يجز ذلك، لأن من حكم القرض أن يكون على غير عوض ولا مقارضة، وهذا يمنع صحة هذا العقد، ويدخله مع ذلك غير ما وجه من وجوه الفساد.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٧٩).

....

فإن وقع هذا العقد، فالسلعة بينهما، وللمسلف على صاحبه ماأسلفه نقداً، فإن لم يكن باع السلعة لم يكن بيعها؛ إلا أن العقد الذي وجب به عليه بيعها قد نقض، وإن كان المسلف قد باع السلعة، فله أجرة مثله فيما باع من نصيب المتسلف، وذلك أن الشراء قد وقع صحيحا لهما، وإنما وقع الفساد في الإجارة من أجل السلف، فالسلف مردود، وللعامل أجر عمله فيما عمل لشريكه، وله ربح حصة من السلعة.

وقال الزرقاني[١]: قال أبو عمر: اختلف قول مالك فيمن أسلف رجلًا سلفاً ليشاركه، وذلك على وجه الرفق، والمعروف، فكرهه مرة وأجازه مرة، واختاره ابن القاسم، فإن كان لنفاد بصيرته بالتجارة امتنع؛ لأنه سلف جر نفعاً، انتهى.

قال الموفق[٢]: أما المضاربة التي فيها شركة، وهي أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما، مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفاً، ويأذن أحدهما للآخر في التجارة بهما، فمهما شرطا للعامل من الربح إذا زاد على النصف جاز؛ لأنه مضارب لصاحبه في ألف، ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف، وإن شرطا له دون نصف الربح لم يجز؛ لأن الربح يستحق بمال وعمل، وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له، فبطل شرطه.

وإن جعلا الربح بينهما نصفين، فليس هذا شركة ولا مضاربة؛ لأن شركة العنان تقتضي أن يشتركا في المال والعمل، والمضاربة تقتضي أن للعامل نصيباً من الربح في مقابلة عمله، ولم يجعلا له ههنا في مقابلة عمله شيئاً، وإنما

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٢٩).

(٢) «المغني» (٧/ ١٣٩).

قَالَ مَالِكٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلاً ابْتَاعَ سِلْعَةً. فَوَجَبَتْ لَهُ. ثُمَّ قَالَ لَهُ رَجُلٌ: أَشْرِكْنِي بِنِصْفِ هَٰذِهِ السِّلْعَةِ، وَأَنَا أَبِيعُهَا لَكَ جَمِيعاً. كَانَ ذٰلِكَ حَلالاً لَا بَأْسَ بِهِ. وَتَفْسِيرُ ذٰلِكَ: أَنَّ هٰذَا بَيْعٌ جَدِيدٌ بَاعَهُ نِصْفَ السِّلْعَةِ. عَلَى أَنْ يَبِيعَ لَهُ النِّصْفَ الآخَرَ.

جعلا الربح على قدر المالين، وعمله في نصيب صاحبه تَبَرُّعٌ، فيكون ذلك إبضاعاً، وهو جائز إن لم يكن ذلك عوضا عن قرض، فإن كان العامل اقترض الألف أو بعضها من صاحبه لم يجز؛ لأنه جعل عمله في مال صاحبه عوضاً عن قرضه، وذلك غير جائز، انتهى.

(**قال مالك: ولو أن رجلاً ابتاع سلعة فوجبت له**) أي للمشتري السلعة (**ثم قال له رجل**) آخر (**أشركني**) في سلعتك (**بنصف هذه السلعة، وأنا أبيعها لك جميعاً، كان ذلك**) العقد (**حلالاً**) يعني (**لا بأس به، وتفسير ذلك**) يعني توضيح الجواز (**أن هذا بيعٌ جديدٌ باعه نصف السلعة على أن يبيع له النصف الآخر**).

قال الباجي[1]: وهذا على ما قال: إن من اشترى سلعة وثبت له ملكها، ثم أتاه رجل، فقال له: أشركني في نصف هذه السلعة وأنا أبيعها لك جميعها، فإنه جائز، وذلك أنه باعه النصف الذي أشركه بنصف الثمن الذي ابتاعها به وبعمله في النصف الباقي له، فلم يدخل في ذلك شيء من الجهالة؛ لأن الثمن معلوم، والسلعة معلومة، وعمل الشريك في بيعها معلوم، وإنما يتعلق به من وجوه الاعتراض أنه جمع بين البيع والإجارة في عقد واحد، وذلك جائز عند مالك؛ لأنهما عقدان مبنيان على اللزوم، ومقصودهما واحد، فلا يتنافيان.

قال الزرقاني[2]: واجتماع البيع والإجارة جائز عند مالك وأصحابه، وممنوع عند الشافعي والكوفيين؛ لأن الثمن عندهم مجهول لا يعلم مبلغه من

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٨٠).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٢٩).

(٤٢) باب ما جاء في إفلاس الغريم

مبلغ ثمن الإجارة حين العقد، ولأن الإجارة بيع منافع، فصار بيعتين في بيعة، انتهى.

قال ابن رشد[١]: الإجارة والبيع، أجازه مالك، ومنعه الشافعي وأبو حنيفة، ولم يجز مالك أن يقترن بالبيع إلا الإجارة فقط، انتهى.

(٤٢) ما جاء في إفلاس الغريم

قال الزرقاني[٢]: يقال: أفلس الرجل، كأنه صار إلى حال ليس له فلوس، وبعضهم يقول: صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم ودنانير فهو مفلس، والجمع مفاليس، وحقيقته الانتقال من حالة اليسر إلى العسر، كذا في «المصباح». وفي «المفهم»: المفلس لغةً: من لا عين له ولا عرض، وشرعاً: من قصر ما بيده عما عليه من الديون وبنحوه.

قال الحافظ في «الفتح»[٣]: وزاد في الأول فالهمزة على هذا في أفلس للسلب، انتهى. وفي «المرقاة» عن «النهاية»: أفلس الرجل إذا لم يبق له مال، أو معناه صارت دراهمه فلوساً، وقيل: صار إلى حال يقال: ليس معه فلس، انتهى.

قال الموفق[٤]: المفلس هو الذي لا مال له ولا ما يدفع به حاجته، ولذا لما قال النبي ﷺ لأصحابه: «أتدرون من المفلس؟» قالوا: يا رسول الله، المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع، قال: «ليس ذلك المفلس، ولكن

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٢٧).
(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٣٠).
(٣) «فتح الباري» (٥/ ٦٣).
(٤) «المغني» (٦/ ٥٣٦).

....

المفلس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال، ويأتي وقد ظلم هذا، ولطم هذا، وأخذ من عرض هذا، فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته، فإن بقي عليه شيء أخذ من سيآتهم، فَرُدّ عليه»، الحديث أخرجه مسلم[١] بمعناه، وإنما سمي هذا مُفْلِساً؛ لأنه لا مال له إلا الفلوس، وهي أدنى أنواع المال.

والمفلس في عرف الفقهاء مَنْ دَيْنُه أكثر من ماله، وخرجُه أكثر من دخله، وسَمَّوْه مفلساً، وإن كان ذا مال؛ لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه، فكأنه معدوم، وقد دل عليه تفسير النبي ﷺ مفلس الآخرة، فأخبر أن له حسنات أمثال الجبال، لكنها كانت دون ما عليه، فقسمت بين الغرماء، وبقي لا شيء له، ويجوز أن يكون سُمِّي بذلك لما يؤول إليه من عدم ماله بعد وفاء دينه، ويجوز أن يكون سمي بذلك؛ لأنه يمنع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه الذي لا يعيش إلا به، كالفلوس ونحوها، انتهى.

ثم قال: ومتى لزم الإنسان ديون حالّةٌ لا يفي ماله بها، فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته إجابتهم، ويستحب أن يظهر الحجر عليه لتجتنب معاملته، فإذا حجر عليه ثبت بذلك أربعة أحكام، **أحدها**: تعلق حقوق الغرماء بعين ماله، **والثاني**: منع تصرفه في عين ماله، **الثالث**: أن من وجد عين ماله عنده، فهو أحق بها من سائر الغرماء، إذا وجدت الشروط، **الرابع**: أن للحاكم بيع ماله، وإيفاءه الغرماء، والأصل فيه ما روى كعب بن مالك ـ رضي الله عنه ـ أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ بن جبل وباع ماله، رواه الخلال بإسناده، انتهى.

وفي «الشرح الكبير»[٢]: لا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه؛ لأنه لا

(١) أخرجه مسلم (٢٥٨١) (٤/ ١٩٩٧).

(٢) (٤/ ٤٦٢).

٨٧/١٣٨٣ ـ **حدّثني** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

ولاية له في ذلك، إنما يفعله لحق الغرماء، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: ليس للحاكم الحجر عليه، فإذا أدى اجتهاده إلى الحجر عليه ثبت، لأنه فصل مجتهد فيه، ولنا، أن النبي ﷺ حجر على معاذ، وباع ماله في دينه، رواه الخلال بإسناده، انتهى. وسيأتي شيء من ذلك في أبواب الأقضية.

٨٧/١٣٨٣ ـ **(مالك عن ابن شهاب)** الزهري **(عن أبي بكر بن عبد الرحمٰن بن الحارث بن هشام)** القرشي المخزومي **(أن رسول الله ﷺ)** قال ابن عبد البر[١]: هكذا في جميع «الموطآت» ولجميع الرواة عن مالك مرسلاً، إلا عبد الرزاق بخلف عنه، فوصله عن مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر عن أبي هريرة.

وكذا اختلف أصحاب الزهري عنه في إرساله ووصله، ورواية من وصله صحيحة، فقد رواه عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر عن أبي هريرة مرفوعاً، وبشير بن نهيك وهشام بن يحيى كلاهما عن أبي هريرة مرفوعاً، الثلاثة في الفلس دون ذكر الموت، والحديث محفوظ لأبي هريرة لا يرويه غيره فيما علمت، انتهى. كذا في «الزرقاني»[٢].

وفي «المحلى»: لم يروه عن مالك موصولاً إلا عبد الرزاق، فزاد فيه عن أبي هريرة، انتهى. قلت: حديث عمر بن عبد العزيز أخرجه البخاري في «صحيحه» بدون ذكر البيع فيه، وسيأتي عند المصنف، قال الحافظ: هذا الحديث وإن كان مرسلاً، فقد وصله عبد الرزاق في «مصنفه» عن مالك، لكن المشهور عن مالك إرساله، وكذا عن الزهري.

---

(١) «التمهيد» (٨/ ٤٠٦).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٣٠).

قَالَ: «أيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعاً. فَأَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَهُ مِنْهُ. وَلَمْ يَقْبِضِ الَّذِي بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً. فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ. ....

(قال: أيما) مركبة من أيّ وهي اسم ينوب مناب حرف الشرط، ومن ما المبهمة المزيدة، قال الطيبي: من المقحمات التي يستغنى بها عن تفصيل غير حاصر أو عن تطويل غير ممل **(رجل)** بجر بإضافة أي إليه، ورفعه بدل من أي، وليس المبدل منه على نية الطرح وما زائدة، وذكر الرجل باعتبار الغالب، والمراد إنسان رجلاً كان أو غيره **(باع متاعاً)** سلعة **(فأفلس)** أي صار مفلساً وتَبَيَّنَ إفلاسه **(الذي ابتاعه)** فاعل أفلس **(منه)** كذا ليحيى وسقط لغيره، والضمير للبائع **(ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً)**.

قال الحافظ[1]: مفهومه أنه إذا قبض شيئاً من ثمنه كان أُسْوَةً للغُرْماء، وبه صرح ابن شهاب فيما رواه عبد الرزاق عن معمر عنه، وهذا وإن كان مرسلاً، فقد وصله عبد الرزاق في «مصنفه»، عن مالك، ولابن أبي شيبة عن عمر بن عبد العزيز أحد رواة هذا الحديث، قال: قضى رسول الله ﷺ أنه أحق به من الغرماء إلا أن يكون اقتضى من ماله شيئاً، فهو أسوة للغرماء، وإليه يشير اختيار البخاري لاستشهاده بأثر عثمان، وكذا رواه عبد الرزاق عن طاووس وعطاء صحيحاً، وبذلك قال جمهور من أخذ بعموم حديث الباب إلا أن للشافعي قولاً، وهو الراجح في مذهبه أن لا فرق بين تغير السلعة أو بقائها، ولا بين قبض بعض ثمنها أو عدم قبض شيء منه، انتهى.

(فوجده) أي وجد البائع متاعه **(بعينه)** أي لم يتغير. قال الحافظ: استدل به على أن شرط استحقاق صاحب المال أن يجده بعينه لم يتغير ولم يتبدل، وإلا فإن تغيرت العين في ذاتها بالنقص مثلاً أو في صفة من صفاتها فهي أسوة للغرماء، وأصرح منه رواية ابن أبي حسين عن أبي بكر بن محمد عن أبي هريرة عند مسلم بلفظ «إذا وجد عنده المتاع ولم يفرقه»، وتقدم قريباً في كلام

---

(١) «فتح الباري» (٥/ ٦٣).

فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ. وَإِنْ مَاتَ الَّذِي ابْتَاعَهُ، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ فِيهِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ».

الحافظ أن الجمهور فَرَّقُوْا في ذلك بين التغير وعدمه والراجح في مذهب الشافعي أن لا فرق بين تغير السلعة وإبقائها **(فهو)** أي البائع **(أحق به)** من غيره أي كائناً من كان وارثاً أو غريماً.

(وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه) أي في متاعه **(أسوة الغرماء)** بضم الهمزة وسكون السين أي مساو لهم وأحد الشركاء معهم يأخذ مثل ما يأخذون، ويحرم عما يحرمون، قال الباجي[١]: يريد أن حكم الموت في ذلك حكم الفلس؛ لأنه في فلس المبتاع البائع أحق بسلعته، وفي موت المبتاع البائع أسوة للغرماء، وقال الشافعي: صاحب السلعة أحق بها في الفلس والموت، وهما سواء، والدليل على ما نقوله حديث الباب، ومن جهة المعنى أن حظ تقديمه على غيره بعين ماله لإسقاط حق الغرماء وانفراده، والفرق بين الفلس والموت أن في الفلس الذمة باقية، يرجع الغرماء إليها، وينتظرون الاقتضاء منها، وفي الموت تبطل الذمة، فيكون ذلك إسقاطاً لحق باقي الغرماء عن مال قد ملكه غريمهم، لا رجوع لهم منه بشيء، انتهى.

قال الزرقاني[٢]: وبهذا قال مالك وأحمد، لنصه ﷺ على الفرق بين الفلس والموت، وهو قاطع لموضع الخلاف، وقال الكوفيون: ليس هو أحق به فيهما، وقال الشافعي: هو أحق به فيهما، لحديث أبي داود وابن ماجه[٣] وغيرهما. عن أبي المعتمر عمرو بن نافع عن عمر بن خلدة الزرقي قال: أتينا أبا هريرة في صاحب لنا أفلس، فقال: «قضى رسول الله ﷺ: أيما رجل مات أو أفلس، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه».

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٩١).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٣٠).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٢٣)، وابن ماجه (٢٣٦٠).

٨٨/١٣٨٤ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ عَنْ يَحْيَىٰ بْنِ سَعِيدٍ؛ عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، ....

وأجيب بأن أبا المعتمر ليس بمعروف بحمل العلم، وقد قال أبو داود عقب روايته: من يأخذ بهذا، أبو المعتمر من هو؟ يعني أنه لا يعرفه، وفي «التقريب» أنه مجهول الحال، فحديث التفريق أرجح، فوجب العمل به وتقديمه، انتهى.

قال الحافظ[١]: حديث عمر بن خلدة حديث حسن يحتجّ بمثله، أخرجه أحمد وأبو داود، وصححه الحاكم، وزاد بعضهم إلا أن يترك صاحبه وفاء، ورجحه الشافعي على المرسل، وقال: يحتمل أن يكون آخره من رأي أبي بكر بن عبد الرحمٰن؛ لأن الذين وصلوا عنه لم يذكروا قضية الموت، وكذلك الذين رووا عن أبي هريرة وغيره لم يذكروا ذلك، بل صرح ابن خلدة عن أبي هريرة بالتسوية بين الإفلاس والموت، فتعين المصير إليه؛ لأنها زيادة من ثقة، وجزم ابن العربي المالكي بأن الزيادة التي في مرسل مالك من قول الراوي، انتهى.

قال الزرقاني[٢]: ولو سُلِّم صلاحيتُه للحُجِّية، فقد قال المازري: إنه لم يذكر فيه بيعاً، فيحمل على أنه في الودائع أو غصباً أو تعدياً، وأيضاً فإنه لم يذكر فيه لفظه ﷺ، ولو ذكره لأمكن فيه التأويل، انتهى. قلت: وهكذا حملت الحنفية الروايات الخالية عن ذكر البيع على الودائع وغيرها.

٨٨/١٣٨٤ ـ **(مالك عن يحيى بن سعيد)** الأنصاري **(عن أبي بكر بن محمد بن عمرو)** بفتح العين **(ابن حزم)** بالزاي **(عن عمر بن عبد العزيز)** بن مروان الخليفة العادل.

---

(١) «فتح الباري» (٥/ ٦٤).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٣٠).

عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَام، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَفلَسَ. فَأَدْرَكَ الرَّجُلُ مَالَهُ بِعَيْنِهِ. فَهُو أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ».

أخرجه البخاريّ في: ٤٣ ـ كتاب الاستقراض وأداء الديون، ١٤ ـ باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض. ومسلم في: ٢٢ ـ كتاب المساقاة، ٥ ـ باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس، حديث ٢٢.

(عن أبي بكر بن عبد الرحمٰن بن الحارث بن هشام) المخزومي، وفي هذا السند أربعة من التابعين، يروي بعضهم عن بعض.

(عن أبي هريرة) ـ رضي الله عنه ـ **(أن رسول الله ﷺ قال: أيما رجل أفلس فأدرك)** أي وجد **(الرجل)** الذي باعه أو أقرضه، قاله الزرقاني، وهذا يخالف ما سيأتي في كلام الحافظ أن المشهور عند مالك التفرقة بين البيع والقرض، وهذا مبني على أحد القولين في المذهب، واختلفت المالكية في الترجيح، كما بسطه الدردير[١] والدسوقي **(ماله بعينه فهو أحق به من غيره)**.

وترجم البخاري في «صحيحه» على حديث الباب «باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به»، قال الحافظ[٢]: في البيع إشارة إلى ما ورد في بعض طرقه نصاً، والقرض بالقياس عليه أو لدخوله في عموم الخبر، وهو قول الشافعي في آخرين، والمشهور عن المالكية التفرقة بين القرض والبيع، وقوله: في الوديعة هو بالإجماع، انتهى.

قال العيني:[٣] صورة القرض، أن يقرض لرجل مما يصح فيه القرض، ثم أفلس المستقرض، فوجد المقرض ما أقرضه عنده، فهو أحق به من غيره، انتهى.

---

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ٢٦٢).

(٢) «فتح الباري» (٥/ ٦٣).

(٣) «عمدة القاري» (٩/ ١١٦).

....

قال ابن عبد البر: هذا الحديث صحيح ثابت من رواية الحجازيين والبصريين، وأجمع على القول بجملته فقهاء المدينة والحجاز والبصرة والشام. وإن اختلفوا في بعض فروعه، انتهى.

قلت: وجملة اختلافهم في فروعه ما قال الموفق[١]: إن المفلس متى حجر عليه، فوجد بعضُ غرمائه سلعتَه التي باعها بعينها، بالشروط التي يَذكُرها، مَلَكَ فَسْخَ البيع، وأَخَذَ سِلْعَته، رُوي ذلك عن عثمان وعلي وأبي هريرة ـ رضي الله عنهم ـ، وبه قال عروة ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر. وقال الحسن والنخعي وابن شبرمة وأبو حنيفة: هو أسوة الغرماء، وزاد العيني فيهم الشعبي في رواية، ووكيع بن الجراح وأبا يوسف ومحمداً وزفر، قال: وروي عن علي ـ رضي الله عنه ـ نحو ما ذهب إليه هؤلاء.

قال الموفق[٢]: والبائع إنما يستحق الرجوع في السلعة بخمس شرائط؛ **أحدها**: أن تكون السلعة باقية بعينها لم يتلف بعضها، فإن تلف جزء منها لم يكن للبائع الرجوع، وكان أسوة الغرماء، وبهذا قال إسحاق، وقال مالك والأوزاعي والشافعي: له الرجوع في الباقي، ويضرب مع الغرماء بحصة التالف.

الثاني: أن لا يكون المبيع زاد زيادة متصلة، كالسمن، والكبر، وتعلم الصناعة أو الكتابة ونحو ذلك، واختلف المذهب في هذا، فذهب الخرقي إلى أنها تمنع الرجوع، وروى الميموني أنها لا تمنع، وهو مذهب مالك والشافعي، إلا أن مالكاً يُخَيِّر الغرماء بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذي باعها به.

---

(١) «المغني» (٦/ ٥٣٨).

(٢) (٦/ ٥٤٣ ـ ٥٨٩).

....

الثالث: أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئاً، فإن كان قد قبض بعض الثمن سقط حق الرجوع، وبهذا قال إسحاق والشافعي في القديم، وقال في الجديد: له أن يرجع في قدر ما بقي من الثمن، وقال مالك: هو مُخَيَّرٌ إن شاء ردّ ما قبضه، ورجع في جميع العين، وإن شاء حاصَّ الغُرَماءَ ولم يرجع.

الرابع: أن لا يكون تعلق بها حق الغير، فإن رهنها المشتري أو وهبها، ثم أفلس لم يملك البائع الرجوع، كما لو باعها أو أعتقها، ولا نعلم في هذا خلافاً.

الخامس: أن يكون المفلس حياً، فإن مات فالبائع أسوة الغرماء، سواء علم بفلسه قبل الموت أو مات، فتبين فلسه، وبهذا قال مالك وإسحاق، وقال الشافعي: له الفسخ واسترجاع العين، انتهى مختصراً، وتقدم الخلاف في الموت قريباً في الحديث السابق.

وقد عرفت أن القائلين بالعمل على حديث الباب اختلفوا في محمل الحديث جداً، ولم يتعين عندهم محملُ قوله ﷺ: «وجد ماله بعينه»، فحمله بعضهم على محمل لم يحمل عليه غيره، وكذا ما ورد في طرقه من قبض المتاع وزيادة الموت، قبله بعضهم، وتكلم عليه آخرون فأيُّ ضيرٍ في أن الحنفية ومن معهم جعلوا للحديث محملاً غير ما حمل عليه هؤلاء الفحول أو تكلموا على الحديث؛ لكونه خبر آحاد يخالف الأصول أو النصوص الأخر. وكيف عَدُّوا عليهم ردَّ السنة الصحيحة الثابتة بغير حجة، وحاشاهم أن يردُّوا سنة ولو ضعيفة بغير حجة. ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾[١].

قال ابن عبد البر: وحجتهم أن السلعة مال المشتري وثمنها في ذمته، فغرماؤه أحق بها كسائر ماله، وهذا ما لا يخفى على أحد، لولا أن صاحب

(١) سورة الأحزاب: الآية ٣٦.

....

الشريعة جعل لصاحب السلعة إذا وجدها بعينها أخذها، وقالت الحنفية: إنه كالغرماء، لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[١] فاستحق النظرة إليها بالآية، وليس له الطلب قبلها.

قال العيني[٢]: وأجاب الطحاوي عن حديث الباب أن المذكور فيه «من أدرك ماله بعينه» والمبيع ليس هو عين ماله، وإنما هو عين مال قد كان له، وإنما ماله بعينه يقع على المغصوب، والعواري، والودائع، وما أشبه ذلك، فذلك ماله بعينه فهو أحق به من سائر الغرماء.

وفي ذلك جاء الحديث عن سمرة أن رسول الله ﷺ قال: «من سرق له متاع أو ضاع، فوجده عند رجل بعينه فهو أحق بعينه، ويرجع المشتري على البائع بالثمن» فهذا يبين أن المراد من حديث أبي هريرة أنه على الودائع ونحوها، وأن صاحب المتاع أحق به إذا وجده في يد رجل بعينه، وليس للغرماء فيه نصيب؛ لأنّه باقٍ على ملكه، بخلاف ما إذا باعه وسلّمه إلى المشتري، فإنه يخرج عن ملكه، وإن لم يقبض الثمن.

وفي «المحلى»: قال بعضهم: حملنا الحديث على العقد بالخيار، أي إذا كان الخيار للبائع، وظهر له في مدته أن المشتري مفلسٌ، فالأنسب له أن يختار الفسخ، وقال محمد في «موطئه»[٣] بعد حديث الباب: قال محمد: إذا مات، وقد قبضه، فصاحبه فيه أسوة للغرماء، وإن كان لم يقبض المشتري، فهو أحق به من بقية الغرماء حتى يستوفي حقه، وكذلك إن أفلس المشتري ولم يقبض ما يشتري، فالبائع أحق بما باع حتى يستوفي حقه، انتهى.

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٠.

(٢) «عمدة القاري» (٩/ ١٢٠).

(٣) «موطأ محمد مع التعليق الممجد» (٣/ ٢٤٦).

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ بَاعَ مِنْ رَجُلٍ مَتَاعاً. فَأَفْلَسَ الْمُبْتَاعُ. فَإِنَّ الْبَائِعَ إِذَا وَجَدَ شَيْئاً مِنْ مَتَاعِه بِعَيْنِهِ، أَخَذَهُ. وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي قَدْ بَاعَ بَعْضَهُ، وَفَرَّقَهُ. فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْغُرَمَاءِ. لَا يَمْنَعُهُ مَا فَرَّقَ الْمُبْتَاعُ مِنْهُ، أَنْ يَأْخُذَ مَا وَجَدَ بِعَيْنِهِ، ....

والبحث فيه طويل الذيل، وأجاد الشيخ في «البذل»[1] فيما حكاه عن تقرير القطب الگنگوهي من الفرق بين الروايات التي ورد فيها لفظ البيع، إذ حملها على المبيع الذي لم يقبض، والروايات الخالية عن ذلك اللفظ إذ حملها على العواري ونحوها، فإنه تقرير أنيق، فارجع إليه لو شئت.

(قال مالك في رجل باع من رجل متاعاً) زاد في النسخ الهندية بعد ذلك **(أو طعاماً)** وليس هذا في النسخ المصرية **(فأفلس المبتاع)** أي المشتري **(فإن البائع إذا وجد شيئاً من متاعه بعينه)** يعني لم يفرقه المشتري **(أخذه)** البائع إذا وجده كله **(فإن كان المشتري قد باع بعضه)** أي بعض المتاع **(وفرقه فصاحب المتاع أحق به)** أي أحق بما بقي من المتاع **(من الغرماء)** متعلق بأحق.

و**(لا يمنعه)** أي البائع **(ما فرّق المبتاع منه)** أي من المتاع **(أن يأخذ ما وجد)** بنصيبه من الثمن **(بعينه)** لصدق الحديث على هذا الموجود، ويحاصص الغرماء بنصيب الغائب، وإن شاء سلّم ما وجد من المبيع، وحاص الغرماء بالثمن كله، وهذا هو الشرط الأول من الشرائط الخمسة المذكورة فيما سبق.

قال الموفق[2] في الشرائط: **أحدها**: أن تكون السلعة باقية بعينها لم يتلف بعضُها، فإن تَلِفَ جزءٌ منها كبعض أطراف العبد أو تلف بعض الثوب أو انهدم بعض الدار، لم يكن للبائع الرجوع، وكان أسوةَ الغرماء، وبهذا قال إسحاق، وقال مالك والشافعي: له الرجوع في الباقي، ويضرب مع الغرماء

---

(١) «بذل المجهود» (١٥/ ٢٠٣).

(٢) «المغني» (٦/ ٥٤٣).

فَإِنِ اقْتَضَى مِنْ ثَمَنِ الْمُبْتَاعِ شَيْئاً. فَأَحَبَّ أَنْ يَرُدَّهُ وَيَقْبِضَ مَا وَجَدَ مِنْ مَتَاعِهِ. وَيَكُونَ فِيمَا لَمْ يَجِدْ أُسْوَةَ الْغُرَمَاءِ، فَذٰلِكَ لَهُ.

بحصة التالف؛ لأنها عين يملك الرجوع في جميعها، فملك الرجوع في بعضها. ولنا، قوله ﷺ: «من أدرك متاعه بعينه» فشرط أن يجده بعينه ولم يجده بعينه، وإن باع بعض المبيع، أو وهبه، أو وقفه فهو بمنزلة تلفه؛ لأن البائع ما أدرك مالَه بعينه.

(**فإن اقتضى**) البائع (**من ثمن المتاع**) هكذا في النسخ الهندية، وهو الأوجه مما في النسخ المصرية[1] من لفظ «ثمن المبتاع» (**شيئاً**) قبل الفلس (**فأحب**) بصيغة الماضي والضمير للبائع (**أن يرده**) أي يردّ البائع ما أخذ من ثمن السلعة (**ويقبض ما وجد من متاعه ويكون**) البائع (**فيما لم يجد أسوة الغرماء فذلك له**) جائز، وإن شاء أن لا يأخذ ما وجد، ويحاص الغرماء ما بقي له من الثمن، فذلك أيضاً جائز، وهذا هو الشرط الثالث من الشرائط الخمسة المذكورة.

قال الموفق[2]: الشرط الثالث، أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئاً، فإن كان قد قبض بعض ثمنها، سقط حق الرجوع، وبهذا قال الشافعي في القديم، وقال في الجديد: له أن يرجع في قدر ما بقي من الثمن؛ لأنه سبب ترجع به العين كلها إلى العاقد، فجاز أن يرجع به بعضها، وقال مالك: هو مُخَيَّر إن شاء ردّ ما قبضه ورجع في جميع العين، وإن شاء حاص الغرماء ولم يرجع.

ولنا، ما روى أبو هريرة، فذكر حديث الإفلاس، وفيه: ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً، فهي له، وإن كان قد قبض من ثمنها شيئاً، فهو أسوة الغرماء،

---

(١) هكذا في نسخة: «الاستذكار» (٢١/ ٢٦) أيضاً.

(٢) «المغني» (٦/ ٥٦١).

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنِ اشْتَرَى سِلْعَةً مِنَ السِّلَعِ. غَزْلاً أَوْ مَتَاعاً أَوْ بُقْعَةً مِنَ الْأَرْضِ. ثُمَّ أَحْدَثَ فِي ذٰلِكَ الْمُشْتَرَى عَمَلاً. بَنَى الْبُقْعَةَ دَاراً. أَوْ نَسَجَ الْغَزْلَ ثَوْباً. ثُمَّ أَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَ ذٰلِكَ. فَقَالَ رَبُّ الْبُقْعَةِ: أَنَا آخُذُ الْبُقْعَةَ وَمَا فِيهَا مِنَ الْبُنْيَانِ: إِنَّ ذٰلِكَ لَيْسَ لَهُ. وَلٰكِنْ تُقَوَّمُ الْبُقْعَةُ وَمَا فِيهَا مِمَّا أَصْلَحَ الْمُشْتَرِي. ثُمَّ يُنْظَرُ كَمْ ثَمَنُ الْبُقْعَةِ؟ وَكَمْ ثَمَنُ الْبُنْيَانِ مِنْ تِلْكَ الْقِيمَةِ؟ ثُمَّ يَكُونَانِ شَرِيكَيْنِ فِي ذٰلِكَ.

رواه أبو داود وابن ماجه والدارقطني[١]، وتقدم في «الموطأ» أيضاً بمعناه.

(قال مالك: ومن اشترى سلعة من) أنواع **(السلع)** جمع سلعة، ثم مَثَّلَ بعض الأنواع بقوله **(غزلاً أو متاعاً)** آخر **(أو بقعة)** بضم الموحدة أي قطعة **(من الأرض، ثم أحدث في ذلك)** المشترى بالفتح **(المشتري)** بكسر الراء، فاعل أحدث **(عملاً)** كما إذا **(بنى البقعة داراً)** مثلاً **(أو نسج الغزل ثوباً، ثم أفلس الذي ابتاع فقال رب البقعة)** أي البائع: **(أنا آخذ البقعة وما فيها من البنيان)** وهكذا إن قال رب الغزل: أنا آخذ هذا الثوب المنسوج.

فقال مالك في الصورة المذكورة: **(إن ذلك ليس له)** أي لا يجوز له أخذ المعمول **(ولكن تُقَوَّمُ)** ببناء المجهول من التقويم **(البقعة)** نائب الفاعل **(وما فيها)** أي البقعة عطف على البقعة **(مما أصلح المشتري)** بيان لما يعني تقوم البقعة مع البناء، فيكون قيمتها مثلاً ألف دينار.

(ثم يُنْظَرُكم ثمنُ البقعة) بدون البناء، فيكون مائتا دينار مثلاً **(وكم ثمن البنيان)** الذي بناه المشتري **(من تلك القيمة)** أي من مجموع القيمة، فيكون ثمانمائة دينار، وسيأتي مثاله في تفسير المصنف قريباً **(ثم يكونان)** أي صاحب البقعة والمفلس ويكون حصة المفلس منصرفاً إلى الغرماء لإفلاسه **(شريكين في ذلك)**

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٢٠)، وابن ماجه (٢٣٥٩)، والدارقطني في «سننه» (٣/ ٣٠).

لِصَاحِبِ الْبُقْعَةِ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ. وَيَكُونُ لِلْغُرَمَاءِ بِقَدْرِ حِصَّةِ الْبُنْيَانِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَتَفْسِيرُ ذٰلِكَ أَنْ تَكُونَ قِيمَةُ ذٰلِكَ كُلِّهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَخَمْسَمِائَةِ دِرْهَمٍ. فَتَكُونُ قِيمَةُ الْبُقْعَةِ خَمْسَمِائَةِ دِرْهَمٍ وَقِيمَةُ الْبُنْيَانِ أَلْفَ دِرْهَمٍ. فَيَكُونُ لِصَاحِبِ الْبُقْعَةِ الثُّلُثُ. وَيَكُونُ لِلْغُرَمَاءِ الثُّلُثَانِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَكَذٰلِكَ الْغَزْلُ. وَغَيْرُهُ. مِمَّا أَشْبَهَهُ. إِذَا دَخَلَهُ هٰذَا. وَلَحِقَ الْمُشْتَرِيَ دَيْنٌ. لَا وَفَاءَ لَهُ عِنْدَهُ. وَهٰذَا، الْعَمَلُ فِيهِ.

البناء مع البقعة، وتفصيل الشركة أن (**لصاحب البقعة بقدر حصته**) أي بقدر البقعة (**ويكون للغرماء بقدر حصة البنيان**).

ثم أوضح المصنف المسألة المذكورة بالمثال فقال:

(**قال مالك: وتفسير ذلك**) المذكور سابقاً من المسألة (**أن تكون قيمة ذلك كله**) أي قيمة البقعة مع البنيان (**ألف درهم وخمسمائة درهم**) مثلاً (**فتكون**) بعد تقويم البقعة برأسها وتقويم البنيان برأسه (**قيمة البقعة**) بدون البناء (**خمسمائة درهم**) مثلاً (**وقيمة البنيان ألف درهم**) مثلاً (**فيكون**) حينئذٍ بعد تقويم الكل (**لصاحب البقعة الثلث**) لأن قيمة البقعة ثلث الكل (**ويكون للغرماء الثلثان**) لأن حقهم في البنيان فقط. والبقعة وجدها صاحب المتاع بعينه.

(**قال مالك: وكذلك**) أي مثل البقعة والبنيان (**الغزل**) إذا اشتراه أحد ثم عمل فيه الثوب ثم أفلس، وكذلك الحكم في غير الغزل، وهو المراد بقوله: (**وما أشبهه**) أي أشبه الغزل في أن المشتري اشتراه ثم عمل فيه عملاً (**إذا دخله هذا**) أي دخل في المشترى عمل من المشتري (**ولحق المشتري دين لا وفاء له**) حتى صار مفلساً (**وهذا العمل فيه**) وهو أن يقوم الشيء قبل العمل وبعد العمل، ثم يقسم مثل ما تقدم في البقعة.

قال الباجي[1]: وهذا على ما قال في الذي يبني في البقعة، وينسخ

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٩٢).

....

الغزل، ثم يفلس إنما ينظر إلى قيمة ذلك كله يوم الحكم فيه، رواه ابن عيسى عن ابن القاسم في «المدنية»، وقال: يقوم جميع البنيان جملة ولا يقوم جداراً أو خشبة خشبة، وإنما يقال: كم قيمة هذه الدار مبنية؟ فتعرف قيمتها، ثم يقال: ما قيمة البقعة براحاً، لا بناء فيها؟ فيكونان فيه شركاء صاحب البقعة بقيمة بقعته، وصاحب البنيان بقيمة بنيانه، ورواه عيسى عن يحيى عن ابن نافع.

وفي «المبسوط»: شرطان: أحدهما: أن يكون العمل زيادة في المبيع، والثاني: أن يكون العمل لا يفيته، وذلك أن يبيع جلوداً، فيدبغها المبتاع أو ثياباً فيصبغها أو يقصرها، فإن البائع يكون له أن يأخذ سلعته، ويشارك الغرماء بقيمتها، وروى أصبغ عن ابن وهب أنه قال: إن ذلك فوت، ثم رجع إلى هذا.

وجه القول الأول أن العين قد تغيرت تغيراً لا سبيل أن تعود إلى صفتها الأولى، فكان ذلك فوتاً فيها، ووجه القول الثاني أن العين على ما كانت عليه، وإنما زيد فيها عمل، وأضيف إليها معنى كالنسج، انتهى.

وقال الموفق[(١)]: إن كان المبيع أرضاً، فبناها المشتري أو غرسها، ثم أفلس، فأراد البائع الرجوعَ في الأرض نَظَرْتَ، فإن اتفق المفلسُ والغرماء على قلع الغراس والبناء، فلهم ذلك؛ لأن الحق لهم، لا يخرج عنهم، فإذا قلعوه فللبائع الرجوع في أرضه؛ لأنه وجد متاعه بعينه، قال أصحابنا: ويستحق الرجوع قبل القلع، وهو مذهب الشافعي، ويحتمل أن لا يستحقه حتى يوجد القلع؛ لأنه قبل القلع لم يدرك متاعه إلا مشغولاً بملك المشتري.

وقال أيضاً[(٢)]: وإن اشترى حنطة فطحنها، أو ثوباً فقطعه قميصاً، أو

(١) «المغني» (٦/ ٥٥٧).

(٢) (٦/ ٥٤٦).

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا مَا بِيعَ مِنَ السِّلَعِ الَّتِي لَمْ يُحْدِثْ فِيهَا الْمُبْتَاعُ شَيْئاً. إِلَّا أَنَّ تِلْكَ السِّلْعَةَ نَفَقَتْ وَارْتَفَعَ ثَمَنُهَا. فَصَاحِبُهَا يَرْغَبُ فِيهَا وَالْغُرَمَاءُ يُرِيدُونَ إِمْسَاكَهَا. فَإِنَّ الْغُرَمَاءَ يُخَيَّرُونَ بَيْنَ أَنْ يُعْطُوا رَبَّ السِّلْعَةِ الثَّمَنَ الَّذِي بَاعَهَا بِهِ. وَلَا يُنَقِّصُوهُ شَيْئاً، وَبَيْنَ أَنْ يُسَلِّمُوا إِلَيْهِ سِلْعَتَهُ. ....

غزلاً فنسجه ثوباً، أو شيئاً فعمل به ما أزال اسمه سقط حقُّ الرجوع، وقال الشافعي: فيه قولان، أحدهما، به أقول[1]، يأخذ عين ماله، ويُعْطِي قيمةَ عمل المفلس فيها، لأن عين ماله موجودة، وإنما تَغَيَّرَ اسمها، ولنا، أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوع كما لو تَلِفَ، ولأنه غَيَّرَ اسمه وصفته، فلم يكن له الرجوع، كما لو كان نوىً فنبت شجراً، انتهى.

(**قال مالك: فأما ما بيع**) ببناء المجهول، يعني من باع سلعته، فأفلس المشتري (**من السلع**) جمع سلعة، «ومن» بيان لما (**التي لم يُحدِث فيها المبتاع شيئاً**) يعني وجده البائع بعينه صورة (**إلا أنّ تلك السلعة نفقت**) أي راجت، وفسره بقوله: (**وارتفع ثمنها**) أي زادت قيمتها لغلائها (**فصاحبها يرغب فيها**) أي صاحب السلعة، وهو البائع يرغب فيها لغلائها (**والغرماء يريدون إمساكها**) لغلائها (**فإن الغرماء يخيّرون**) ببناء المجهول من التخيير (**بين أن يعطوا ربَّ السلعة الثمن الذي باعها به ولا ينقصوه شيئاً**) من الثمن، فتكون لهم الزيادة الحاصلة للغلاء (**وبين أن يسلموا إليه**) أي إلى صاحب السلعة، وهو البائع (**سلعته**).

قال الموفق[2]: الشرط الثاني لرجوع البائع، أن لا يكون المبيع زاد زيادة متصلة، كالسمن والكِبر، وتعلُّم الصناعة، واختلف المذهب في هذا،

---

(١) كذا في الأصل وكذا في «الشرح الكبير»، والظاهر فيه تحريف من الناسخ، «ش».

(٢) «المغني» (٦/ ٥٤٩).

وَإِنْ كَانَتِ السِّلْعَةُ قَدْ نَقَصَ ثَمَنُهَا، فَالَّذِي بَاعَهَا بِالْخِيَارِ. إِنْ شَاءَ أَنْ يَأْخُذَ سِلْعَتَهُ وَلَا تِبَاعَةَ لَهُ فِي شَيْءٍ مِنْ مَالِ غَرِيمِهِ. فَذٰلِكَ لَهُ. وَإِنْ شَاءَ أَنْ يَكُونَ غَرِيماً مِنَ الْغُرَمَاءِ، يُحَاصُّ بِحَقِّهِ، وَلَا يَأْخُذُ سِلْعَتَهُ. فَذٰلِكَ لَهُ.

وَقَالَ مَالِكٌ، فِيمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً أَوْ دَابَّةً. فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ. ثُمَّ أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي: ....

فذهب الخرقي إلى أنها تمنع الرجوع، وروى الميموني عن أحمد أنها لا تمنع، وهو مذهب مالك والشافعي إلا أن مالكاً يخير الغرماء بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذي باعها به **(وإن كانت السلعة قد نقص ثمنها)** أي ثمن السلعة لرخص الأسواق **(فالذي باعها)** أي رب السلعة **(بالخيار إن شاء أن يأخذ سلعته)** **(و)**الحال أن **(لا تِبَاعَة)** بكسر المثناة الفوقية بزنة كتابة أي لا بقية **(له في شيء من مال غريمه)** يعني يعطى السلعة فقط لا شيء آخر معها **(فذلك له)** جائز **(وإن شاء)** رب السلعة **(أن يكون غريماً من الغرماء)** وشريكاً لهم له ذلك أيضاً وعلى هذا **(يحاص)** بتشديد الصاد أي يشترك مع الغرماء **(بحقه)** يصل إليه من مال الغريم بنحو ما يصل إليهم **(ولا يأخذ)** حينئذ **(سلعته فذلك له)** جائز.

وقال الموفق(١): إن نقصت مالية المبيع لذهاب بعض صفته مع بقاء عينه، كعبد هُزِلَ، أو كان ثوباً فَخَلَقَ، لم يمنع الرجوع؛ لأن فَقْد الصفة لا يُخْرجه عن كونه عين ماله، لكنه يتخيّر بين أخذه ناقصاً بجميع حقه، وبين أن يضرب مع الغرماء بكمال ثمنه؛ لأن الثمن لا يتقسَّطُ على صِفَةِ السِّلعة من سِمنٍ أو هُزَالٍ، فيصير كنقصه لتغيّر الأسعار، انتهى.

(قال مالك، فيمن اشترى جارية أو دابة فولدت) الجارية أو الدابة **(عنده)** أي عند المشتري **(ثم أفلس المشتري)** بعد النتاج، فأراد البائع أخذ سلعته

---

(١) «المغني» (٦/ ٥٤٤).

فَإِنَّ الْجَارِيَةَ أَوِ الدَّابَّةَ وَوَلَدَهَا لِلْبَائِعِ. إِلَّا أَنْ يَرْغَبَ الْغُرَمَاءُ فِي ذٰلِكَ. فَيُعْطُونَهُ حَقَّهُ كَامِلاً. وَيُمْسِكُونَ ذٰلِكَ.

لإفلاس المشتري (**فإن الجارية أو الدابة وولدها**) كلتيهما (**للبائع إلا أن يرغب الغرماء في ذلك**) أي في أخذ الجارية وولدها، وكذا الدابة وولدها (**فيعطونه**) أي البائع (**حقه كاملاً**) وهو أوضح مما في النسخ الهندية من لفظ حقا كاملاً (**ويمسكون ذلك**) المبيع عندهم، فذلك جائز لهم.

قال الموفق(١): أما الزيادة المنفصلة، كالولد والثمرة والكسب، فلا تمنع الرجوع بلا خلاف بين أصحابنا، وهو قول مالك والشافعي، سواء نقص بها المبيعُ أو لم ينقص إذا كان نقص صفةٍ، والزيادةُ للمفلس، هذا ظاهر كلام الخرقي؛ لأنه منع الرجوع بالزيادة المتصلة لكونها للمفلس، فالمنفصلةُ أولى، وهو مذهب الشافعي، وهو الصحيح إن شاء الله، وقال أبو بكر: الزيادة للبائع، وهو مذهب مالك، ونقل حنبل عن أحمد في ولد الجارية ونتاج الدابة هو للبائع؛ لأنها زيادة، فكانت للبائع كالمتصلة.

ولنا، أنها زيادة انفصلت في ملك المشتري فكانت له، كما لو ردّه بعيب، وقول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» يدل على أن النماء للمشتري لكون الضمان عليه، وكلام أحمد في رواية حنبل يحمل على أنه باعهما في حال حملها، فيكونان مَبيعين، ولهذا خص هذين بالذكر دون بقية النماء، انتهى.

هذا، وقد عرفت فيما سبق أن هذه الفروع كلها لا يجري فيها خلاف الحنفية، ولذا لم يذكر خلافهم في تلك المسائل؛ لأن البائع عندهم أسوةُ الغرماء، لا حق له في الرجوع، سواء كانت السلعة باقيةً، أو تغيّرت، زادت أو نقصت.

---

(١) (٦/ ٥٥٠).

(٤٣) باب ما يجوز من السلف

(٤٣) ما يجوز من السلف

لفظ «من» بيانٌ لما يعني بيان القرض الذي هو جائز، قال الموفق[1]: يجوز قرض المكيل والموزون بغير خلافٍ، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن استقراضَ مَالَهُ مِثْلٌ من المكيل والموزون والأطعمة جائزٌ، ويجوز قرض كل ما يثبت في الذمة سلماً سوى بني آدم، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يجوز قرض غير المكيل والموزون؛ لأنه لا مِثْلَ له أشبَهَ الجواهِرَ.

ولنا، أن النبي ﷺ استسلف بَكْراً، وليس بمكيل ولا موزون، ولأن ما يثبت سلماً يملك بالبيع ويُضْبَط بالوصف، فجاز قرضه كالمكيل والموزون، فأما بنو آدم، فقال أحمد: أكره قرضهم، فيحتمل كراهة تنزيه، ويصح قرضهم، وهو قول ابن جريج والمزني؛ لأنه مال يثبت في الذمة سلماً فصحّ قرضه كسائر الحيوان، ويحتمل أنه أراد كراهة تحريم، فلا يصح قرضهم اختاره القاضي؛ لأنه لم ينقل قرضهم ولا هو من المرافق، ويحتمل صحة قرض العبيد دون الإماء، وهو قول مالك والشافعي، ويجب رَدُّ المثل في المكيل والموزون، لا نعلم فيه خلافاً، وكذا حكي عن ابن المنذر الإجماع على ذلك.

فأما غير المكيل والموزون، ففيه وجهان، أحدهما: يجب قيمته يوم القرض، لأنه لا مثل له، فيضمنه بقيمته، والثاني يجب رد مثله؛ لأنه ﷺ استسلف من رجل بكراً، فرد مثله، ويجوز قرض الخبز، ورخص فيه أبو قلابة ومالك، ومنع منه أبو حنيفة، ولنا، أنه موزون، فجاز قرضه كسائر الموزونات، فإذا أقرضه بالوزن، ورَدَّ مثله بالوزن جاز، وإن أخذه عدداً، فردَّه عدداً ففيه روايتان، إحداهما لا يجوز؛ لأنه موزون، والثانية يجوز، انتهى.

---

(١) «المغني» (٦/ ٤٣٢).

٨٩/١٣٨٥ ـ **حدّثني** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ أَبِي رَافِعٍ مَوْلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ؛ أَنَّهُ قَالَ:

وقال الأبي[١]: منع أهل الظاهر قرض غير المكيل والموزون، انتهى.

وقال الدردير[٢]: يجوز قرض كل ما يصح أن يسلم فيه من عرض وحيوان ومثلي، دون ما لا يصح فيه السلم، كدار وبستان وصائغ وجوهر نفيس، ولما كان السلم في الجواري جائزاً، ولا يصح قرضهن على الإطلاق، استثناهن بقوله: إلا جارية تحل للمستقرض، فلا يجوز قرضها لما فيه من إعارة الفروج، ولذا انتفى المنع إن حرمت عليه أو كانت المقترض امرأة، قال الدسوقي: قوله: للمستقرض أي الطالب للقرض، وقوله: إن حرمت عليه أي بقرابة أو رضاع أو صهر أو كان المستقرض شيخاً فانياً أو كانت الجارية في سن من لا توطأ مدة القرض، انتهى.

وفي «الدر المختار»[٣]: صح القرض في مثلي لا في غيره من القيميات، كحيوان وحطب وكل متفاوت لتعذر رد المثل، قال ابن عابدين: قوله: مثلي، كالمكيل والموزون، والمعدود المتقارب، كالجوز والبيض، وحاصله أن المثلي ما لا تتفاوت آحاده تفاوتاً تختلف به القيمة، فإن نحو الجوز تتفاوت آحاده تفاوتاً يسيراً، انتهى.

٨٩/١٣٨٥ ـ **(مالك عن زيد بن أسلم)** العدوي مولى عمر ـ رضي الله عنه ـ **(عن عطاء بن يسار عن أبي رافع)** اختلف في اسمه على عشرة أقوال: أشهرها أسلم القبطي، كما قاله ابن عبد البر[٤] **(مولى رسول الله ﷺ أنه قال:**

---

(١) «إكمال الإكمال» (٤/ ٢٩٢).

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ٢٢٢).

(٣) (٥/ ٢٨٦).

(٤) انظر: «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٣٣).

اسْتَسْلَفَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَكْراً. ....

(استسلف) قال الأبي[١]: السين للطلب، وقد تكون للتحقيق، وهي ههنا كذلك؛ لأنه إخبار عن ماضٍ **(رسول الله ﷺ)** قال الباجي: يدل على جواز ثبوت الحيوان في الذمة، وإنما يضبط بالصفة، ولولا ذلك لما جاز ثبوته في الذمة عوضاً عما يستقرضه المستقرض؛ لأنه لا خلاف أن عليه رد مثل ما استقرض، انتهى.

(بكراً) بفتح الموحدة وسكون الكاف، الفتى من الإبل، وفيه جواز أخذ الدين للضرورة، وقد كان يكرهه ﷺ وإلا فقد خُيِّر، فاختار التقليل من الدنيا والقناعة، قاله في «الإكمال».

وفي «المفهم»: فإن قيل: كيف عمر ذمته بالدين، وقد كان يكرهه، وقال في حديث: «إياكم والدَّيْن فإنه شين» وفي آخر: «الدَّيْنُ هَمٌّ بالليل ومذلة بالنهار»، وكان ﷺ كثيراً ما يَتَعَوَّذ منه، حتى قيل: ما أكثر ما تستعيذ من المغرم؟ قال: «إن الرجل إذا غرم حدّث فكذب»، أجيب بأنه إنما تداين لضرورة، ولا خلاف في جوازه لها.

فإن قيل: لا ضرورة؛ لأن الله خَيّره أن تكون بطحاء مكة له ذهباً، رواه الترمذي، ومن هو كذلك فأين الضرورة؟ أجيب بأنه لما خَيَّرَه اختار الإقلال من الدنيا والقناعة وما عدل عنه زهداً فيه لا يرجع إليه، فالضرورة لازمة، وأيضاً فإن الدين إنما هو مذموم لتلك اللوازم المذكورة، وهو معصوم منها، وقد يجب، وإن كان لغير ضرورة كره للأحاديث المذكورة، ولما فيه من تعريض النفس للمذلة، كذا في «الزرقاني».

قال الحافظ[٢]: استعاذ ﷺ من الدَّيْنِ، لأنه في الغالب ذريعة إلى

---

(١) «إكمال إكمال المعلم» (٤/ ٢٩١).

(٢) «فتح الباري» (٥/ ٦١).

....

الكذب، والخلف في الوعد، مع ما لصاحب الدين عليه من المقال، ويحتمل أن يراد بالاستعاذة من الدين الاستعاذة من الاحتياج إليه، حتى لا يقع في هذه الغوائل أو من عدم القدرة على وفائه، حتى لا تبقى تبعته.

وفي «حاشية ابن المنير»: لا تعارض بين الاستعاذة من الدين وجواز الاستدانة؛ لأن الذي استعيذ منه غوائلُ الدَّيْن، فمن أدان وسلم منها، فقد أعاذه الله، وفَعَلَ جائزاً، انتهى.

قال الزرقاني: وأما السلف بالنسبة إلى معطيه فمستحبٌّ؛ لأنه إعانة على الخير، وأخرج البزار عن ابن مسعود: قرض مرة يعدل صدقة مرتين، وفي حديث آخر: درهم الصدقة بعشرة ودرهم القرض بسبعين، انتهى.

وفي «جمع الفوائد»[(١)] عن أبي أمامة رفعه: دخل رجل الجنة، فرأى على بابها مكتوباً الصدقة بعشر أمثالها، والقرض بثمانية عشر، للكبير بلِيْن، زاد القزويني بضعف عن أنس: فقلت: يا جبريل ما بال القرض أفضل من الصدقة؟ قال: لأن السائل يسأل وعنده، والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة، انتهى. وعزا الموفق حديثي ابن مسعود وأنس إلى ابن ماجه، واستدل بهما على الندب في حق المقرض، واستدل بالحديث على جواز استسلاف الحيوان، وهو مذهب الأئمة الثلاثة، كما تقدم قريباً.

قال العيني[(٢)]: مذهب أبي حنيفة والكوفيين والثوري والحسن بن صالح، وروي عن ابن مسعود وحذيفة وعبد الرحمٰن بن سمرة منعه، وأجابوا عن حديث الباب بأنه منسوخ بآية الربا، وكذلك أجابوا عن كل حديث يُشْبه حديث أبي رافع بأنه كان قبل الربا.

---

(١) (٢/ ٤٣).

(٢) «عمدة القاري» (٨/ ٦٨٠).

فَجَاءَتْهُ إِبِلٌ مِنَ الصَّدَقَةِ. قَالَ أَبُو رَافِعٍ: فَأَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ أَقْضِيَ الرَّجُلَ بَكْرَهُ. فَقُلْتُ: لَمْ أَجِدْ فِي الْإِبِلِ إِلَّا جَمَلاً خِيَاراً رَبَاعِياً. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَعْطِهِ إِيَّاهُ. ....

وبسط الشيخ في «البذل»[(١)] نقلاً عن الطحاوي في وجه الاستدلال على نسخ ذلك بالربا، وفي «التعليق الممجد»[(٢)]: منعه أصحابنا قائلين بأن التفاوت في الحيوانات فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنية، فلا يمكن توصيفه بحيث لا يفضي إلى المنازعة، ولا ثبوته في الذمة، ولا أداء مثله، وهذا معنى دقيق قويٌّ يجب اعتباره لولا ورود النص بخلافه، انتهى.

(فجاءته) ﷺ **(إبل من الصدقة)** أي الزكاة **(قال أبو رافع: فأمرني رسول الله ﷺ أن أقضي الرجل)** لم يُسَمَّ الرجل، وفي «مسند أحمد» أنه أعرابي، وفي «معجم الطبراني الأوسط» عن العرباض بن سارية ما يفهم أنه هو، لكن روى النسائي والحاكم الحديث المذكور، وفيه ما يقتضي أنه غيره، وأن القصة وقعت لأعرابي، ووقع للعرباض نحوها، كذا في «الفتح»[(٣)] **(بكره)** أي مثل بكره الذي تسلّف منه **(فقلت: لم أجد في الإبل)** الموجودة **(إلا جملاً خياراً رباعياً)** بتخفيف الياء والأنثى رباعية، وهو ما دخل في السنة السابعة، قال الهروي: إذا ألقى البعير رباعيته في السنة السابعة فهو رباعي، ورباعيات الأسنان الأربعة التي تلي الثنايا، وفي أبي داود: إذا طعن في السابعة سُمِّي الذكر رباعياً والأنثى رباعية إلى تمام السابعة.

(فقال رسول الله ﷺ أعطه) بهمزة قطع وكسر الطاء **(إياه)** قال الباجي[(٤)]:

---

(١) «بذل المجهود» (١٥/ ٣١٢).

(٢) (٣/ ٣٠٣).

(٣) «فتح الباري» (٥/ ٥٦).

(٤) «المنتقى» (٥/ ٩٦).

....

لا يخلو أن يكون النبي ﷺ يقترض البكر لنفسه أو لغيره من أهل الصدقة، فإن كان لنفسه، فإنه لا تحلّ له الصدقة، فأمره ﷺ أن يقضي الرجل بكره، يحتمل وجوهاً: أحدها: أن ما كان من إبل الصدقة قد بلغ محلّه، ثم صار إلى النبي ﷺ بابتياع أو غيره، وإن أقرضه لأحد من أهل الصدقة جاز أن يقضيه منها، كما يستقرض والي اليتيم على ماله، غير أنه لا يجوز أن يعطي من أموال المساكين ما هو أفضل مما أخذ لهم، إلا أن يكون المقرض من أهل الصدقة، فيكون فضل الشيء صدقة عليه، انتهى.

ويؤيد الابتياع من إبل الصدقة ما في البخاري عن أبي هريرة، أن رجلاً تقاضى رسول الله ﷺ، فأغلظ له، فَهَمَّ به أصحابه، فقال: دعوه، فإن لصاحب الحق مقالاً، واشتروا له بعيراً، فأعطوه إياه، فقالوا: لا نجد إلا أفضل من سنه، قال: اشتروه فأعطوه إياه، فإن خيركم أحسنكم قضاء.

قال الحافظ[1]: ويجمع بينه وبين حديث أبي رافع أنه أمر بالشراء أولاً، ثم قدمت إبل الصدقة، فأعطاه منها، أو أنه أمر بالشراء من إبل الصدقة ممن استحق منها شيئاً، وقال أيضاً: لا يُعَكِّر عليه أنه أوفاه أزيد من حقه من مال الصدقة لاحتمال أن يكون المقترض منه كان أيضاً من أهل الصدقة إما من جهة الفقر أو التألف أو غير ذلك بجهتين، جهة الوفاء في الأصل، وجهة الاستحقاق في الزائد، وقيل: كان اقتراضه في ذمته، فلما حل الأجل، ولم يجد الوفاء صار غارماً، فجاز له الوفاء من الصدقة، وقيل: كان اقتراضه لنفسه، فلما حل الأجل اشترى من إبل الصدقة بعيراً ممن استحقه، أو اقترضه من آخر من مال الصدقة؛ ليوفيه بعد ذلك، انتهى.

(١) «فتح الباري» (٥/ ٥٧).

فَإِنَّ خِيَارَ النَّاسِ أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً».

أخرجه مسلم في: ٢٢ ـ كتاب المساقاة، ٢٢ ـ باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه، حديث ١١٨.

١٣٨٦/ ٩٠ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسٍ الْمَكِّيِّ، عَنْ مُجَاهِدٍ؛ أَنَّهُ قَالَ: اسْتَسْلَفَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ مِنْ رَجُلٍ دَرَاهِمَ. ثُمَّ قَضَاهُ دَرَاهِمَ خَيْراً مِنْهَا. فَقَالَ الرَّجُلُ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمٰنِ، هٰذِهِ خَيْرٌ مِنْ دَرَاهِمِي الَّتِي أَسْلَفْتُكَ. فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: قَدْ عَلِمْتُ. وَلٰكِنْ نَفْسِي بِذٰلِكَ طَيِّبَةٌ.

(**فإن خيار الناس أحسنهم قضاء**) للدين، قال البوني: أظنه أراد أن الله يوفق لهذا خيار الناس، وقال بعض العارفين: هو الكرم الخفي اللاحق بصدقة السر، فإن المعطى له لا يشعر بأنه صدقة سر في العلانية، ويورث ذلك صحبة ووداداً في نفس المقضى له، ففي حسن القضاء فوائد جمة، انتهى[١].

١٣٨٦/ ٩٠ ـ (**مالك عن حميد**) مصغراً (**ابن قيس المكي عن مجاهد**) بن جبر الفقيه (**أنه قال: استسلف**) أي أخذ ديناً (**عبد الله بن عمر من رجل دراهم ثم قضاه**) ابن عمر من أسلفه (**دراهم خيراً منها**) أي أفضل من الدراهم التي أخذها ابن عمر (**فقال الرجل**) الذي أسلف (**يا أبا عبد الرحمٰن**) كنية ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ بحذف الهمزة من أول «أبا» في النسخ الهندية وبإثباتها في المصرية (**هذه**) الدراهم التي أعطيتني (**خير من دراهمي التي أسلفتك، فقال عبد الله بن عمر: قد علمت ذلك**) أي أن هذه خير منها (**ولكن نفسي بذلك**) أي بأداء الأفضل (**طيبة**) لا إكراه عليه فيه.

قال الباجي[٢]: قضى ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ من أسلفه الدراهم خيراً منها، الظاهر أنها أفضل في الصفة، وهذا لا خلاف في جوازه، سواء

---

(١) انظر: «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٣٤).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٩٦).

....

كانت قيمة تلك الفضيلة كثيرة أو قليلة، وهذا ما لم يكن في مقابل تلك الفضيلة نقص من وجه آخر، مثل أن يسلفه عشر دنانير مسكوكة رديئة الذهب، فيقضيه عشرة دنانير من التبر جيدة الذهب؛ لأنه من باب المعاوضة، فيؤدي إلى بيع الذهب بالذهب إلى أجل لما كان من جنسين، وإن كانت الفضيلة في القدر، فلا يخلو أن يكون إقراضه وزناً أو عدداً، فإن كان إقراضه وزناً فلا اعتبار بالعدد، ولا يجوز أن يقضيه أكثر من ذلك الوزن، إلا أن يكون اليسير، فإن كان أقرضه عدداً جاز له أن يقضيه مثل ذلك العدد أفضل وزناً، ولا يجوز أن يزيده في العدد إلا الزيادة اليسيرة، انتهى.

قال الحافظ[١]: في الحديث جواز وفاء ما هو أفضل من المثل المقترض إذا لم تقع شرطية ذلك في العقد، فيحرم حينئذٍ اتفاقاً، وبه قال الجمهور، وعن المالكية تفصيل في الزيادة، إن كانت بالعدد منعت، وإن كانت بالوصف جازت، انتهى.

قال الموفق[٢]: كل قرض شرط فيه أن يزيده، فهو حرام بغير خلاف، فإن أقرضه مطلقاً من غير شرط، فقضاه خيراً منه في القدر أو الصفة أو دونه برضاهما جاز، ورخص في ذلك ابن عمر وابن المسيب والحسن والنخعي والشعبي والزهري ومكحول وقتادة ومالك والشافعي وإسحاق، وقال أبو الخطاب: إن قضاه خيراً منه، أو زاده زيادة بعد الوفاء من غير مواطأة، فعلى روايتين، وروي عن أبي بن كعب وابن عباس وابن عمر أنه يأخذ مثل قرضه ولا يأخذ فضلاً؛ لأنه إذا أخذ فضلاً كان قرضاً جرَّ منفعةً، ولنا، حديث الباب، ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض ولا وسيلة إليه ولا إلى استيفاء دينه، فحلت، كما لو لم يكن قرض، انتهى.

---

(١) «فتح الباري» (٥/ ٥٧).

(٢) «المغني» (٦/ ٤٣٦).

قَالَ مَالِكٌ: لَا بَأْسَ بِأَنْ يُقْبِضَ مَنْ أُسْلِفَ شَيْئاً مِنَ الذَّهَبِ أَوِ الْوَرِقِ أَوِ الطَّعَامِ أَوِ الْحَيَوَانِ، مِمَّنْ أَسْلَفَهُ ذٰلِكَ، أَفْضَلَ مِمَّا أَسْلَفَهُ. إِذَا لَمْ يَكُنْ ذٰلِكَ عَلَى شَرْطٍ مِنْهُمَا. أَوْ عَادَةٍ. فَإِنْ كَانَ ذٰلِكَ عَلَى شَرْطٍ. أَوْ وَأْيٍ. أَوْ عَادَةٍ. فَذٰلِكَ مَكْرُوهٌ. وَلَا خَيْرَ فِيهِ.

قَالَ: وَذٰلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى جَمَلاً رَبَاعِياً خِيَاراً. مَكَانَ بَكْرٍ اسْتَسْلَفَهُ. وَأَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ اسْتَسْلَفَ دَرَاهِمَ. فَقَضَى خَيْراً مِنْهَا. ....

(**قال مالك: لا بأس بأن يقبض**) بفتح أوله من المجرد عندي، وضبطه الزرقاني بضم أوله من أقبض (**من أسلف**) فاعل يقبض ببناء المعروف، وضبطه الزرقاني ببناء المجهول (**شيئاً**) مفعول أسلف (**من الذهب أو الورق أو الطعام أو الحيوان**) أو غير ذلك (**ممن أسلفه ذلك**) متعلق بـ يقبض (**أفضل مما أسلفه**) مفعول يقبض (**إذا لم يكن ذلك**) أي قبض الأفضل (**على شرط منهما أو**) على (**عادة**) جارية بذلك في العرف، زاد في النسخ الهندية بعد ذلك (**أو وأي**) وليس هذا في النسخ المصرية، والأولى وجوده لتقابل الثلاثة الآتية، وهو بفتح الواو وسكون الهمزة آخره تحتية: الوعد (**فإن كان ذلك**) أي قضاء الأفضل (**على شرط أو وأي**) بفتح الواو أي على مواعدة (**أو**) على (**عادة**) جارية في العرف (**فذلك مكروه**) تحريماً (**ولا خير فيه**) أصلاً.

قال الزرقاني[1]: قال أبو عمر: لا ربا في الزيادة إلا أن تشترط، والوأي والعادة من قطع الذرائع، وفي الحديث «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك» وقال أبو عمر: اتركوا الربا والريبة، فالوأي والعادة ههنا من الريبة، انتهى.

(**قال مالك: وذلك**) أي وجه جواز قضاء الأفضل بدون الشرط (**أن رسول الله ﷺ قضى جملاً رباعياً خياراً مكان بكر استسلفه**) كما تقدم في أول الباب (**وأن عبد الله بن عمر استسلف دراهم فقضى خيراً منها**) كما تقدم قريباً.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٣٦).

فَإِنْ كَانَ ذٰلِكَ عَلَى طِيبِ نَفْسٍ مِنَ الْمُسْتَسْلِفِ. وَلَمْ يَكُنْ ذٰلِكَ عَلَى شَرْطٍ وَلَا وَأْيٍ وَلَا عَادَةٍ. كَانَ ذٰلِكَ حَلَالاً لَا بَأْسَ بِهِ.

(٤٤) باب ما لا يجوز من السلف

٩١/١٣٨٧ ـ **حدّثني** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ فِي رَجُلٍ أَسْلَفَ رَجُلاً طَعَاماً. عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ إِيَّاهُ فِي بَلَدٍ آخَرَ. فَكَرِهَ ذٰلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ. وَقَالَ: فَأَيْنَ الْحَمْلُ؟ يَعْنِي حُمْلَانَهُ.

(فإن كان ذلك على طيب نفس من المستسلف ولم يكن ذلك على شرط ولا وأي ولا عادة، كان ذلك حلالاً لا بأس به) قال المنذر: أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المتسلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك أن أخذ الزيادة على ذلك ربا، انتهى. وكذا حكى الإجماع على ذلك غير واحد من نقلة المذاهب.

(٤٤) ما لا يجوز من السلف

يعني بيان السلف الذي لا يجوز.

٩١/١٣٨٧ ـ **(مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب قال في رجل أسلف رجلاً)** يعني أسلف زيدٌ عمراً **(طعاماً على أن يعطيه إياه)** أي أن يقضي عمرو زيداً دينه **(في بلد آخر فكره ذلك)** القرض لشرط فيه **(عمر بن الخطاب وقال: فأين الحمل؟)** بفتح الحاء وسكون الميم **(يعني حملانه)**.

قال الباجي[1]: هذا تبيين لوجه المنع ومقتضى التحريم، لأنه إذا شرط عليه زيادة في قرضه، وذلك متفق على فساده لا سيما فيما له حمل، كالطعام وسائر المتاع، ولو لم يكن بينهما شرط، فلقيه في بلد غير بلد القرض جاز أن

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٩٧).

....

يتفقا على القضاء حيث التقيا، رواه عبد الحكم عن مالك، وذلك أن هذه زيادة المقترض من غير شرط، وقد تقدم أن ذلك جائز.

وقوله: «أين الحمل» يريد أنه قد ازداد عليه بالقرض الحمل إذا شرط ذلك، وروى ابن المزين عن مالك أنه قال: أراد به الضمان والحمل، يريد ـ والله أعلم ـ مؤنة الحمل، والضمان في مدته مع ما في ذلك من الغرر، ولم يمنع الضمان في مدة الاقتراض من صحة القرض؛ لأن ذلك مقتضى الانتفاع بما اقترضه المقترض، وأما ضمانه في مدة الحمل من بلد إلى بلد، فأمر ثابت بالشرط وزيادة لها قدر، انتهى.

وسيأتي في أول القراض من كلام الباجي أن السفاتج لا تجوز في المشهور من مذهب مالك، وروي عنه الجواز.

وقال الموفق[١]: إن شرط أن يعطيه إياه في بلد آخر، وكان لحمله مؤنة لم يجز؛ لأنه زيادة وإن لم يكن لحمله مؤنة جاز، وحكاه ابن المنذر عن علي وابن عباس والحسن بن علي وابن الزبير وابن سيرين وعبد الرحمٰن بن الأسود وأيوب السختياني والثوري وأحمد وإسحاق، وكرهه الحسن البصري وميمون ومالك والأوزاعي والشافعي؛ لأنه قد يكون في ذلك زيادة.

وقد نص على من شرط أن يكتب له بها سفتجة[٢] لم يجز، ومعناه اشتراط القضاء في بلد آخر، وروي عنه جوازها لكونها مصلحة لهما جميعاً، وقال عطاء: وكان ابن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم، ثم يكتب لهم بها إلى مصعب بن الزبير بالعراق، فيأخذونها منه، فسئل عن ذلك ابن عباس، فلم ير

(١) «المغني» (٦/ ٤٣٦).

(٢) السفتجة: أن يعطي مالاً لآخر وللآخر مال في بلد المعطي، فيوفيه إياه ثَمَّ، فيستفيد أمن الطريق.

١٣٨٨/ ٩٢ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلاً أَتَىٰ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ. فَقَالَ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمٰنِ، إِنِّي أَسْلَفْتُ رَجُلاً سَلَفاً. وَاشْتَرَطْتُ عَلَيْهِ أَفْضَلَ مِمَّا أَسْلَفْتُهُ. فَقَالَ عَبْدُ اللَّهُ بْنُ عُمَرَ: فَذٰلِكَ الرِّبَا. قَالَ: فَكَيْفَ تَأْمُرُنِي يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمٰنِ؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ: السَّلَفُ عَلَى ثَلاَثَةِ وُجُوهٍ: سَلَفٌ تُسْلِفُهُ تُرِيدُ بِهِ وَجْهَ اللَّهِ، فَلَكَ وَجْهُ اللَّهِ. وَسَلَفٌ تُسْلِفُهُ تُرِيدُ بِهِ وَجْهَ صَاحِبِكَ، فَلَكَ وَجْهُ صَاحِبِكَ

به بأساً، وروي عن علي رضي الله عنه؛ أنه سُئِلَ عن مثل هذا فلم ير به بأساً، وممن لم ير به بأساً ابن سيرين والنخعي، رواه كله سعيد، والصحيح جوازه؛ لأنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما، انتهى.

وفي «**الدر المختار**»[١] عن «الخلاصة»: القرض بالشرط حرام، والشرط لغو بأن يقرض على أن يكتب به إلى بلد كذا ليوفي دينه، وفي «الأشباه»: كل قرض جَرَّ نفعاً حرامٌ، انتهى.

١٣٨٨/ ٩٢ ـ **(مالك أنه بلغه أن رجلاً أتى عبد الله بن عمر فقال: يا أبا عبد الرحمٰن)** بحذف الهمزة من أول أبا في النسخ الهندية، وهو كنية ابن عمر **(إني أسلفت رجلاً سلفاً واشترطت عليه أفضل مما أسلفته)** أي شرطت عليه أن يقضي الأفضل مما أخذ **(فقال عبد الله بن عمر)** ـ رضي الله عنه ـ: **(فذلك الربا)** لشرط الأفضل.

(فقال: فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمٰن؟) ماذا أفعل إذاً **(فقال عبد الله بن عمر)** الأصل في السلف أن **(السلف على ثلاثة أوجه)** أحدها **(سلف تسلفه)** رجلاً **(تريد به وجه الله)** عز اسمه لا غرض لك غير هذا **(فلك وجه الله)** تعالى وثوابه الذي يعطيك لكونه خالصاً لوجهه (و) الثاني **(سَلَفٌ تُسْلِفُهُ)** رجلاً **(تريد به وجه صاحبك)** أي المتسلف تبتغي رضاه والتحبب إليه **(فلك وجه صاحبك)**

---

(١) (٥/ ٢٩١).

وَسَلَفٌ تُسْلِفُهُ لِتَأْخُذَ خَبِيثاً بِطَيِّبٍ، فَذٰلِكَ الرِّبا. قَالَ: فَكَيْفَ تَأْمُرُنِي يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمٰنِ؟ قَالَ: أَرَى أَنْ تَشُقَّ الصَّحِيفَةَ. فَإِنْ أَعْطَاكَ مِثْلَ الَّذِي أَسْلَفْتَهُ قَبِلْتَهُ. وَإِنْ أَعْطَاكَ دُونَ الَّذِي أَسْلَفْتَهُ فَأَخَذْتَهُ أُجِرْتَ. وَإِنْ أَعْطَاكَ أَفْضَلَ مِمَّا أَسْلَفْتَهُ طَيِّبَةً بِهِ نَفْسُهُ فَذٰلِكَ شُكْرٌ. شَكَرَهُ لَكَ وَلَكَ أَجْرُ مَا أَنْظَرْتَهُ.

يعني يحصل لك رضاه وطيب نفسه، فإن كان ابتغاء رضاه للآخرة يحصل الأجر، وإن كان للدنيا يحصل الدنيا، فيدار حكم الثواب على القصد برضا الصاحب **(و)** الثالث **(سلف تسلفه)** رجلاً **(لتأخذ خبيثاً بطيب)** أي لتأخذ حراماً بدل حلال **(فذلك الربا)** المحرم في القرآن.

(قال) السائل: **(فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمٰن؟)** أعاد السؤال طلباً للخروج عما وقع فيه من الحرام، يعني كيف أفعل حينئذٍ لأخرج من الحرمة **(قال)** ابن عمر: **(أرى أن تشقّ الصحيفة)** التي كتبت على المتسلف، وشرطت فيه الأفضل وتخبر المتسلف ببطلان الشرط **(فإن أعطاك)** المتسلف بعد ذلك **(مثل الذي أسلفته)** بدون الزيادة **(قبلته)** قال عز اسمه: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾[1] **(وإن أعطاك دون الذي أسلفته)** أي الأقل من سلفك **(فأخذته)** يعني قبلته في حقك **(أجرت)** عليه ببناء المجهول، يعني تكون مأجوراً؛ لأنه حسن اقتضاء، وما بقي لك عليه يكون صدقة منك على المتسلف **(وإن أعطاك)** المتسلف **(أفضل مما أسلفته)** بعد علمه ببطلان الشرط الزيادة **(طيبة به نفسه)** بدون إجبار وإكراه عليه **(فذلك شكر)** من المتسلف **(شكره لك)** على إحسانك في التسليف **(ولك أجر ما أنظرته)** أي أخرته في الأداء.

قال الباجي: من شرط زيادة في السلف وكان مؤجلاً فله أن يبطل

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٩.

١٣٨٩/ ٩٣ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ؛ أَنَّهُ سَمِعَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ يَقُولُ: مَنْ أَسْلَفَ سَلَفاً فَلَا يَشْتَرِطْ إِلَّا قَضَاءَهُ.

١٣٩٠/ ٩٤ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ كَانَ يَقُولُ: مَنْ أَسْلَفَ سَلَفاً فَلَا يَشْتَرِطْ أَفْضَلَ مِنْهُ. وَإِنْ كَانَتْ قَبْضَةً مِنْ عَلَفٍ، فَهُوَ رِباً.

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا. أَنَّ مَنِ اسْتَسْلَفَ شَيْئاً مِنَ الْحَيَوانِ بِصِفَةٍ وَتَحْلِيَةٍ مَعْلُومَةٍ. ....

القرض جملة، ويتعجَّلُ قبضَ ماله، والأفضل له أن يسقط الشرط ويبقيه على أجله دون شرط، كذا في «الزرقاني»(١).

١٣٨٩/ ٩٣ ـ (**مالك عن نافع أنه سمع عبد الله بن عمر يقول من أسلف** أحداً (**سلفاً فلا يشترط إلا قضاءه**) أي لا يجوز أن يشترط فيه شرطاً آخر غير أداء ما أخذ لا زيادةً ولا نقصاً ولا شرطاً آخر.

١٣٩٠/ ٩٤ ـ (**مالك أنه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يقول: من أسلف سلفاً فلا يشترط**) فيه (**أفضل منه**) أي أفضل مما أخذ (**وإن كان**) الواو وصلية (**قبضة من علف**) هو ما يعلف للبهائم، فإن شرط الزيادة ولو قليلًا (**فهو ربا**)، لأن الربا هو الزيادة على السلف قليلًا كان أو كثيراً.

(**قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أن من استسلف**) عن رجل (**شيئاً من الحيوان بصفة**) معلومة (**وبحلية معلومة**) عطف تفسير على قوله: بصفة، وهو في النسخ الهندية بزيادة باء الجارة على لفظ «حلية»، وفي النسخ المصرية(٢) بلفظ «تحلية» مصدر تفعيل من حَلَّى شيئاً وصفه، وهو في جميع النسخ

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٣٦).

(٢) كذا في نسخة «الاستذكار» (٢١/ ٥٦) أيضاً.

فَإِنَّهُ لَا بَأْسَ بِذٰلِكَ. وَعَلَيْهِ أَنْ يَرُدَّ مِثْلَهُ. إِلَّا مَا كَانَ مِنَ الْوَلَائِدِ. فَإِنَّهُ يُخَافُ، فِي ذٰلِكَ، الذَّرِيعَةُ إِلَى إِحْلَالِ مَا لَا يَحِلُّ. فَلَا يَصْلُحُ. وَتَفْسِيرُ مَا كُرِهَ مِنْ ذٰلِكَ. أَنْ يَسْتَسْلِفَ الرجُلُ الْجَارِيَةَ. فَيُصِيبُهَا مَا بَدَا لَهُ. ثُمَّ يَرُدُّهَا إِلَى صَاحِبِهَا بِعَيْنِهَا. فَذٰلِكَ لَا يَصْلُحُ وَلَا يَحِلُّ. وَلَمْ يَزَلْ أَهْلُ الْعِلْمِ يَنْهَوْنَ عَنْهُ. وَلَا يُرَخِّصُونَ فِيهِ لِأَحَدٍ.

الموجودة عندي بالحاء المهملة، وقال صاحب «المحلى»: وتجلية بالجيم، أي علامة معلومة، انتهى. **(فإنه لا بأس بذلك)** يعني يجوز هذا السلف، وهو مذهب الأئمة الثلاثة، خلافاً للحنفية، كما تقدم في أول الباب **(وعليه)** أي على المتسلف **(أن يرد)** في القضاء **(مثله)** أي مثل الذي أخذ سواء **(إلا ما كان من الولائد)** أي الإماء جمع وليدة بمعنى الأمة **(فإنه يخاف)** ببناء المجهول **(في ذلك)** أي في سلف الإماء **(الذريعة)** أي الوسيلة **(إلى إحلال ما لا يحلّ)** من استعمال الفروج **(فلا يصلح)** ذلك أي سلف الإماء.

(وتفسير ما كره من ذلك) يعني توضيح الكراهة في الإماء **(أن يستسلف الرجل الجارية فيصيبها)** أي يجامعها **(ما بدا له)** لأن الرجل إذا يأخذ شيئاً قرضاً يدخل هذا في ملكه وضمانه **(ثم يردها)** أي الجارية **(إلى صاحبها)** الذي تسلف منه **(بعينها)** لأن السلف رد العين المتسلف **(فذلك لا يحل ولا يصلح ولم يزل أهل العلم)** من السلف **(ينهون عنه ولا يرخصون فيه لأحد)**.

قال الباجي[١]: يريد لا يحل قرض الجواري، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وجمهور الفقهاء، ووجه ذلك ما احتجّ به من حظر الفروج، ومعلوم أن من استقرض شيئاً كان له أن يردّه متى شاء بعد أخذه بساعة أو أكثر من ذلك، فمن أراد الاستمتاع بجارية غيره اقترضها منه فوطئها، ثم ردها إليه من ساعته، وهذه إباحة للفروج المحظورة، وقال محمد بن عبد الحكم: يجوز

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٩٩).

....

ذلك إذا كانت ذات محرم للمستقرض، لأنه يسلم مما قاله، وعلى هذا، يجوز للنساء استقراض الجواري، وإنما يحرم ذلك على الرجال.

قلت: وهذا هو المرجح عند المالكية، كما تقدم عن الدردير، وحكى العيني عن «شرح المهذب»: استقراض الحيوان فيه ثلاثة مذاهب، مذهب الشافعي ومالك وجماهير العلماء جوازه إلا الجارية لمن ملك وطأها، فإنه لا يجوز ويجوز إقراضها لمن لا يجوز له وطؤها كمحرمها وللمرأة والخنثى، الثاني: مذهب ابن جرير وداود يجوز قرض الجارية وسائر الحيوان لكل أحد، والثالث: مذهب أبي حنيفة والكوفيين منعه، أي منع قرض الحيوان مطلقاً، وتقدم في أول الباب عن الموفق اختلاف الروايات عن الإمام أحمد في قرض بني آدم، ورجح الموفق الجواز.

وقال الزرقاني[1]: قال أبو عمر: يمنع قرض الإماء. به قال الجمهور ومالك والشافعي؛ لأن الفروج لا تُستباح إلا بنكاح أو ملك بعقد لازم، والقرض ليس بعقد لازم؛ لأن المقترض يرد متى شاء، فأشبه الجارية المشتراة بالخيار، ولا يجوز وطؤها بإجماع حتى تنقضي أيام الخيار، وأجاز داود والمزني استقراض الإماء؛ لأن ملك المقترض صحيح يجوز له فيه التصرف كله، وكما جاز بيعه جاز قرضه، انتهى.

قال الباجي: فإن اقترض رجل فلا خلاف عن مالك، ومن قال بقوله في المنع من ذلك: إن الجارية تُردُّ بعينها ما لم يطأها، ويفسخ القرض، واختلفوا إذا وطئها، فقال مالك: تفوت بالوطء وتكون الجارية للمستقرض، وتلزمه قيمتها، وقال الشافعي: يَرُدُّها، ويَردُّ معها عقرها، وإن حملت رَدَّها بعد الولادة وقيمة ولدها حياً يوم الولادة، ويَرُدُّ معها ما نقصتها الولادة.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٣٧).

(٤٥) باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة

١٣٩١/ ٩٥ ـ **حدّثني** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَبعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ».

أخرجه البخاريّ في: ٣٤ ـ كتاب البيوع، ٥٨ ـ باب لا يبيع على بيع أخيه. ومسلم في: ٢١ ـ كتاب البيوع، ٤ ـ باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، حديث ٧.

والدليل على ما نقوله أن عقود التمليك تفوت عندنا مع بقاء الأعيان، ولما دفع صاحب الجارية الجارية على وجه التمليك فاتت بالوطء، فلو أجزنا له ردَّها لكنا أتممنا القرض الفاسد، فلما وجد معنى المنع، وفات ردها بذلك أوجبنا له قيمتها، وإذا وجبت قيمتها بطل جميع ما أوجبه بعد الوطء من قيمة الولد وغير ذلك؛ لأن القيمة تلزمه يوم قبضها، انتهى.

وقال الزرقاني[1]: إن وقع قرض الجارية على الوجه الممنوع، فإن لم يطأ فسخ، ورُدَّتْ إلى ربها، وإن وطئت، فقيل: تجب القيمة، وقيل: المثل، قاله الأبي، واقتصر أبو عمر عن مالك على القيمة، انتهى.

(٤٥) ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة

يعني بيان المساومة والمبايعة المنهية عنهما.

١٣٩١/ ٩٥ ـ **(مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر)** ـ رضي الله عنهما ـ **(أن رسول الله ﷺ قال: لا يبع)** بالجزم على النهي، وفي رواية «لا يبيع» بإثبات الياء على الخبر مراداً به النهي، وهو أبلغ في النهي من النهي الصريح، قال الحافظ[2]: ويحتمل أن تكون ناهية وأشبعت الكسرة كقراءة من قرأ: ﴿إِنَّهُۥ مَن يتقي وَيَصۡبِرۡ﴾ الآية، انتهى. **(بعضكم على بيع بعض)** عدّي بعلى، لأنه ضمن معنى الاستعلاء.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٣٧).

(٢) «فتح الباري» (٤/ ٣٥٣).

....

وفي الحديث أربعة أبحاث، **الأول**: في معنى البيع، **والثاني**: في المراد بالبعض، **والثالث**: في شرط النهي، **والرابع**: فيمن خالف الحديث، فباع على البيع، أما **الأول** فقد قال الباجي: يريد ـ والله أعلم ـ لا يشتر، والعرب تقول: اشتريت بمعنى بعت، قال ابن حبيب: إنما النهي للمشتري دون البائع، ونحو هذا روى أبو عبيد عن أبي عبيدة وأبي زيد، قال أبو عبيدة: ليس للحديث وجهٌ غير هذا عندي، لأن البائع لا يكاد يدخل على البائع، وإنما المعروف أن يزيد المشترى على المشتري.

قال الباجي(١): وعندي يحتمل أن يحمل اللفظ على ظاهره فيمنع البائع أيضاً من أن يبيع على بيع أخيه إذا كان قد ركن إليه المشتري، وإنما حمل ابن حبيب على ما قاله؛ لأن الإرخاص مستحب، مشروع، فإذا أتى من يبيع بأرخص من بيع الأول، فلا منع في ذلك عنده، انتهى.

وقال عياض: الأولى حمله على ظاهره، وهو أن يعرض سلعته على المشتري يُرَخِّصُ ليزهده في شراء سلعة الآخر الراكن إلى شرائها، انتهى. وسيأتي في كلام الإمام مالك أنه فسره بالسوم على سوم أخيه.

وقال الحافظ(٢): قال العلماء: البيع على البيع حرام، وكذلك الشراء على الشراء، وهو أن يقول لمن اشترى سلعة في زمن الخيار: افسخ لأبيعك بأنقص، أو يقول للبائع: افسخ لأشتري منك بأزيد، وأما السوم، فصورته أن يأخذ شيئاً ليشتريه فيقول له: رده لأبيعك خيراً منه بثمنه أو مثله بأرخص منه، أو يقول للمالك: استرده لأشتريه منك بأكثر، انتهى.

وفي «المحلى»: لا يبع إلخ بالجزم على النهي بأن يتراضيا على ثمن

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٠٠).

(٢) «فتح الباري» (٤/ ٣٥٣).

....

سلعة، فيجيء الآخر، فيقول: أنا أبيعك مثله، بأنقص من هذا الثمن، فيضر لصاحب السلعة، ويحتمل أن يكون المراد بالبيع الشراء، فيكون في معنى حديث «نهى أن يستام الرجل على سوم أخيه»، ويحتمل أن يراد به كلاهما على سبيل عموم المجاز، وأما عموم المشترك فلا يصح إرادتهما معاً، وقد استثنى بعض الشافعية من تحريم البيع والسوم على سوم الآخر ما إذا لم يكن مغبوناً غبناً فاحشاً، وبه قال ابن حزم، كما سيأتي.

وأما **الثاني**: فقد قيل: إن المراد بالبعض المسلم خاصة، ويؤيده ما في لفظ البخاري عن ابن عمر: «لا يبع بعضكم على بيع أخيه»، قال الحافظ[١] ظاهر التقييد بأخيه أن يختص ذلك بالمسلم، وبه قال الأوزاعي وأبو عبيد بن حربويه من الشافعية، وأصرح من ذلك رواية مسلم عن أبي هريرة بلفظ: «لا يسوم المسلم على سوم المسلم»، وقال الجمهور: لا فرق في ذلك بين المسلم والذمي، وذكر الأخ خرج للغالب، فلا مفهوم له.

وقال الباجي[٢]: المراد بالأخ المسلم، ولم يجعل ذلك شرطاً فيما يمنع من البيع على بيعه، وإنما ذلك لإظهار قبح فعله، ولذلك ذكره بالأخوة التي تمنع المقابحة، ولو كان الذي ركن إلى بيعه يهودياً أو نصرانياً، فإنه لا يزاد عليه، قاله مالك في «كتاب ابن الموّاز»، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وجوّز ذلك الأوزاعي، والدليل على ما نقوله أن هذا له عهد وذمة كالمسلم أيضاً، فإن كل حكم بين مسلم وذمي، فإنه يكون على حكم الإسلام، انتهى.

وفي «الدر المختار»[٣]: كره السوم على سوم غيره ولو ذمياً أو مستأمناً،

---

(١) «فتح الباري» (٤/ ٣٥٣).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٠٠).

(٣) (٥/ ٢٢٣).

....

وذكر الأخ في الحديث ليس قيداً، بل لزيادة التنفير، قال ابن عابدين: وكذا البيع على بيع غيره، انتهى.

وقال الزرقاني[١]: ذكر المسلم ليس للتقييد، فلا فرق بين المسلم وغيره عند الجمهور خلافاً للأوزاعي وغيره، بل لأنه أسرع امتثالاً، فذكر المسلم أو الأخ لا مفهوم له لما ذكر، أو لأنه خرج مخرج الغالب، وقال الأبي في النكاح: إذا كان الأول فاسقاً تجوز الخطبة على خطبته، قال ابن عرفة: وكذا عندي في السوم، إذا كان كسب الأول حراماً جاز السوم على سومه، وقياساً على ما قاله ابن العربي في النجش: إن السلعة إذا لم تبلغ قيمتها، جاز السوم على سومه، فقيل: له يفرق بأن الثاني في السوم سلم حقه في الزيادة، بخلاف مسألة النجش، فلم يقبل الفرق، انتهى.

الثالث: في شرط النهي، وسيأتي الكلام عليه قريباً في تفسير الإمام مالك، **والرابع**: فيمن خالف فباع على بيع الآخر، قال الباجي: فإن وقع وساوم رجل على سوم أخيه، روى ابن حبيب عن مالك يستغفر الله، ويعرضها على الأول بالثمن، زادت أو نقصت، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، وروى سحنون عن ابن القاسم في «العتبية» لا يفسخ، وأرى أن يؤدب، وقال غيره: بل يفسخ ذلك.

وقال الموفق[٢]: فإن خالف وعقد، فالبيع باطل؛ لأنه منهيٌّ عنه، والنهي يقتضي الفساد، ويحتمل أنه صحيح؛ لأن المحرم عرض سلعته على المشتري أو قوله الذي فسخ البيع من أجله، وذلك سابق على البيع، ولأنه إذا صح الفسخ الذي حصل به الضرر، فالبيع المحصل للمصلحة أولى، أو لأن النهي لحق آدمي فأشبه بيع النجش، وهذا مذهب الشافعي، انتهى.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٣٨).

(٢) «المغني» (٦/ ٣٠٦).

٩٦/١٣٩٢ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ لِلْبَيْعِ. ..

وقال الحافظ: ذهب الجمهور إلى صحة البيع المذكور مع تأثيم فاعله، وعند المالكية والحنابلة في فساده روايتان، وبه جزم أهل الظاهر، انتهى.

٩٦/١٣٩٢ ـ **(مالك عن أبي الزناد)** عبد الله بن ذكوان **(عن الأعرج)** عبد الرحمٰن بن هرمز **(عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: لا تلقوا)** بفتح التاء واللام والقاف، أصله لا تتلقوا حذفت إحدى التائين أي لا تستقبلوا **(الركبان)** قال العيني في «شرح الطحاوي»: بضم الراء جمع ركب، والركب جمع راكب، وهم الذين يحملون المتاع إلى البلد **(للبيع)** قال الزرقاني[1]: أي قبل أن يقدموا للبيع أي محل بيعها، وفي «المحلى»: أي لا تستقبلوهم للاشتراء، انتهى.

وفيه أيضاً أبحاث، **الأول**: في حكم التلقي، وترجم البخاري في «صحيحه» «باب النهي عن تلقي الركبان، وأن بيعه مردود؛ لأن صاحبه عاصٍ آثم إذا كان عالماً به، وهو خداع في البيع، والخداع لا يجوز» قال الحافظ[2]: أما كون صاحبه عاصياً آثماً، والاستدلال عليه بكونه خداعاً فصحيح، ولكن لا يلزم من ذلك أن يكون البيع مردوداً، قال ابن المنذر: أجاز أبو حنيفة التلقي، وكرهه الجمهور، قال الحافظ: والذي في كتب الحنفية يكره التلقي في حالتين أن يضر بأهل البلد، وأن يلتبس السعر على الواردين، انتهى.

وقال الموفق[3]: كرهه أكثر أهل العلم، منهم عمر بن عبد العزيز ومالك والليث والأوزاعي والشافعي وإسحاق، وحكي عن أبي حنيفة أنه لم ير بذلك بأساً، وسنة رسول الله ﷺ أحق أن تتبع، انتهى.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٣٨).

(٢) «فتح الباري» (٤/ ٣٧٤).

(٣) «المغني» (٦/ ٣١٣).

....

وفي «المحلى»: قال ابن الهمام: للتلقي صورتان، أحدهما: أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعوه من أهل البلد بزيادة، وثانيهما: أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد، وهم لا يعلمون بالسعر، ولا خلاف عند الشافعية أنه إذا خرج إليهم لذلك يعصي، أما إذا لم يقصد ذلك، بل اتفق إن خرج فرآهم فاشترى، ففي معصيته قولان، والوجه أن لا يعصي إذا لم يلبس، وعندنا محل النهي إذا يضر بأهل البلد أو لبس، أما إذا لم يضر ولم يلبس فلا بأس، وفي «البخاري» عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ: «كنا نتلقى الركبان، فنشتري منهم الطعام، فنهانا النبي ﷺ أن نبيعه، حتى يبلغ به سوق الطعام»، قال البخاري: هذا في أعلى السوق بالبلد خارجها، وهو يدل على أن التلقي إلى أعلى السوق جائز؛ لأن النهي إنما وقع على التبايع لا على التلقي، انتهى.

البحث الثاني: في محل التلقي المنهي عنه، وترجم البخاري في «صحيحه» «باب منتهى التلقي»، وأورد فيه حديث ابن عمر المذكور في كلام «المحلى» قريباً قال الحافظ[1]: الظاهر أنه لا حَدَّ لانتهائه من جهة الجالب، وأما من جهة المتلقي، فقد أشار المصنف بهذه الترجمة إلى أن ابتداءه الخروج من السوق أخذاً من قول الصحابي: إنهم كانوا يتبايعون بالطعام في أعلى السوق، فيبيعونه في مكانه، فنهاهم النبي ﷺ أن يبيعوه في مكانه حتى ينقلوه، ولم ينههم عن التبايع في أعلى السوق، فدل على أن التلقي إلى أعلى السوق جائز، فإن خرج عن السوق، ولم يخرج عن البلد، فقد صرح الشافعية بأنه لا يدخل في النهي.

وحدُّ ابتداءِ التلقي عندهم الخروج من البلد، والمعنى فيه أنهم إذا قدموا البلد أمكنهم معرفة السعر وطلب الحظ لأنفسهم، فإن لم يفعلوا فهو من تقصيرهم، وأما إمكان معرفتهم ذلك قبل دخول البلد فنادر، والمعروف عند

---

(١) «فتح الباري» (٤/ ٣٧٥).

....

المالكية اعتبار السوق مطلقاً، كما هو ظاهر الحديث، وهو قول إسحاق، وعن الليث كراهة التلقي، ولو في الطريق، ولو على باب البيت حتى تدخل السلعة السوق، انتهى.

وقال أيضاً قبيل ذلك: إن مطلق النهي عن التلقي يتناول طول المسافة وقصرها، وهو ظاهر إطلاق الشافعية، وقيد المالكية محمل النهي بحد مخصوص، ثم اختلفوا، فقيل: ميل، وقيل: فرسخان، وقيل: يومان، وقيل: مسافة القصر، وهو قول الثوري، انتهى.

وقال الباجي(١): قوله: ولا تَلقو الرُّكبان، يحتمل أن يريد ﷺ تلقي من يجلب السلع، فيبتاع منهم قبل ورود أسواقها ومواضع بيعها، وسواء كان التلقي فيما بَعُدَ عن موضع البيع أو قَرُبَ، قال ابن حبيب عن مالك وأصحابه: وإن كان على مسيرة يوم أو يومين من الحاضرة، ووجه ذلك أن هذا مضرة عامة على الناس؛ لأن من تلقاها واشتراها غلاها على الناس، فمنع من ذلك ليصل بائعوها بها إلى البلد، فيبيعونها في أسواقها، فيصل كل أحد إلى شرائها والنيل من رخصها.

وسئل مالك عن خروج أهل مصر إلى الإصطبل مسيرة ميل، ونحوه أيام الأضحى، يتلقون الغنم يشترونها، قال: هذا من التلقي، وهذا فيما جرت العادة بتبليغه الأسواق، ولا مضرة في ذلك.

فأما ما كان يَضُرُّ بالناس كالفواكه والثمار التي يلحق أهل الأصول ضررٌ بتفريق بيعها، ويحتاجون إلى بيعها جملة ممن يجنيها أو يبقيها في أصلها ويدخلها إلى الأمصار والقرى، فقد روى ابن القاسم عن مالك في الأجنة التي تكون حول الفسطاط من نخيل وأعناب يخرج إليها التجار، فيشترونها،

(١) «المنتقى» (٥/١٠١).

....

ويحملونها إلى الفسطاط للبيع لا بأس بذلك، وقال في سماع أشهب هو من التلقي، وقال أشهب: لا بأس به وليس هو من التلقي، انتهى.

وفي «شرح الطحاوي» للعيني: اختلف في حدِّ التلقي الممنوع، فعن مالك كراهة ذلك على مسيرة يومين، وعنه تخفيفه وإباحته على ستة أميال، ولا خلاف في منعه إذا كان قرب المصر وأطرافه، قال أبو عمر في «التمهيد»: وجملة قول مالك في ذلك أنه لا يجوز أن يشتري أحد من الجلب حتى يبلغ بالسلعة سوقها، هذا إذا كان التلقي في أطراف المصر أو قريباً منه، قيل لمالك: أرأيت إن كان ذلك على ستة أميال؟ فقال: لا بأس، وروى أبو قرة عن مالك إني لأكره تلقي السلع، وأن يبلغوا بالتلقي أربعة برد، انتهى.

وقال في «شرح البخاري»[1]: أما ما كان خارجاً من السوق في الحاضرة أو قريباً منها بحيث يجد من يسأله عن سعرها، فهذا يكره أن يشتري هناك؛ لأنه داخل في معنى التلقي، وأما الموضع البعيد الذي لا يقدر فيه على ذلك، فيجوز فيه البيع، وليس بتلقٍّ، قال مالك: وأكره أن يشتري في نواحي المصر حتى يهبط بها إلى السوق.

قال ابن المنذر: بلغني هذا القول عن أحمد وإسحاق أنهما نهيا عن التلقي خارج السوق ورخصا فيه في أعلاه، ومذاهب العلماء في حدِّ التلقي متقاربة، روي عن يحيى بن سعيد، أنه قال في مقدار الميل من المدينة أو آخر منازلها هو من تلقي البيوع المنهي عنه، انتهى.

البحث الثالث: في حكم من تلقى، قال الباجي: فإن وقع التلقي من إنسان، فلمالك في ذلك قولان في «الموازية»، روى عنه ابن القاسم أنه ينهى، فإن عاد أدب، ولا ينزع منه شيء، وهو اختيار أشهب، وروى عنه ابن وهب

(١) «عمدة القاري» (٨/ ٤٦٧).

....

أنه ينزع منه ما ابتاع، فيباع لأهل السوق، واختار ابن الموّاز أن يرد شراؤه وترد على بائعها، وبه قال ابن حبيب، انتهى.

وتقدم في البحث الأول ما ترجم به البخاري أن بيعه مردود، قال الحافظ[١]: جزم المصنف بأن البيع مردود بناء على أن النهي يقتضي الفساد، لكن محل ذلك عند المحققين فيما يرجع إلى ذات المنهي عنه، لا ما إذا كان يرجع إلى أمر خارج عنه، فيصح البيع ويثبت الخيار بشرطه الآتي، وأما كون صاحبه عاصياً آثماً والاستدلال عليه بكونه خداعاً فصحيح.

ولكن لا يلزم من ذلك أن يكون البيع مردوداً؛ لأن النهي لا يرجع إلى نفس العقد ولا يخلُّ بشيء من أركانه وشرائطه، وإنما هو لدفع الإضرار بالركبان، والقول ببطلان البيع صار إليه بعض المالكية وبعض الحنابلة، ويمكن أن يحمل قول البخاري: إن البيع مردود على ما إذا اختار البائع ردّه، فلا يخالف الراجح.

ثم اختلفوا، فقال الشافعي: من تلقاه فقد أساء، وصاحب السلعة بالخيار، لحديث أبي هريرة «أن النبي ﷺ نهى عن تلقي الجلب، فإن تلقاه، فاشتراه فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق»، أخرجه أبو داود والترمذي، وأخرج مسلم[٢] بمعناه، وقوله: بالخيار أي إذا قدم السوق، وعلم السعر، وهل يثبت له مطلقاً أو بشرط أن يقع له في البيع غبن؟ وجهان، أصحهما الأول، وبه قال الحنابلة، وظاهره أيضاً أن النهي لأجل منفعة البائع، وإزالة الضرر عنه، قال ابن المنذر: وحمله مالك على نفع أهل السوق لا على نفع رب السلعة، وإلى ذلك جنح الكوفيون والأوزاعي، قال: والحديث حجة للشافعي؛ لأنه أثبت

---

(١) «فتح الباري» (٤/ ٣٧٤).

(٢) أخرجه مسلم (١٥١٩)، وأبو داود (٣٤٣٧)، والترمذي (١٢٢١).

....

الخيار للبائع لا لأهل السوق، واحتج مالك بحديث ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ انتهى.

قلت: وما تقدم من كلام ابن الهمام في البحث الأول يدل على أن الحنفية قالوا بتلك العلتين مضرة الجالبين وأهل الأسواق، وقال الموفق(١): فإن تُلُقُّوا واشْتُرِي منهم فهم بالخيار إذا دخلوا السوق، وعرفوا أنهم قد غُبِنوا إن أحبوا أن يفسخوا البيع فسخوا.

ثم قال بعد ذكر اختلاف العلماء في كراهة التلقي: فإن خالف وتلقى الركبان واشترى منهم، فالبيع صحيح في قول الجميع، قاله ابن عبد البر، وحكي عن أحمد رواية أخرى أن البيع فاسد لظاهر النهي، والأول أصح، لرواية أبي هريرة في الخيار عند مسلم، والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح؛ ولأن النهي لا لمعنى في البيع، بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها بإثبات الخيار، وإذا ثبت هذا، فللبائع الخيار إذا علم أنه قد غبن، وقال أصحاب الرأي: لا خيار له، وظاهر المذهب أنه لا خيار له إلا مع الغبن؛ لأنه إنما ثبت لأجل الخديعة ودفع الضرر ولا ضرر مع عدم الغبن، وهذا ظاهر مذهب الشافعي.

ويحمل إطلاق الحديث في الخيار على هذا لعلمنا بمعناه ومراده؛ لأنه ﷺ جعل له الخيار إذا أتى السوق، فيفهم منه أنه أشار إلى معرفته بالغبن في السوق، ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع، ولم يقدر الخرقي الغبن المثبت للخيار، وينبغي أن يتقيد بما يخرج عن العادة، وقال أصحاب مالك: إنما نهي عن التلقي لما يفوت به من الرفق لأهل السوق، وهذا مخالف لمدلول الحديث، فإنه ﷺ جعل الخيار للبائع إذا دخل السوق، انتهى.

---

(١) «المغني» (٦/ ٣١٢).

وَلَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ. وَلَا تَنَاجَشُوا. وَلَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ. ....

(ولا يبع) مجزوم بلا الناهية، وفي رواية: «لا يبيع» بالرفع على أنها نافية، وعلى ما تقدم من كلام الحافظ في الجملة السابقة إشباع **(بعضكم على بيع بعض)** تقدم في الحديث السابق الكلام عليه مفصلاً، وتقدم أيضاً أن بعضهم حملوه على ظاهره، وبعضهم على معنى الشراء، وبعضهم على معنى السوم.

(ولا تناجشوا) بحذف إحدى التائين وفتح الجيم وضم الشين المعجمة، يأتي الكلام عليه في آخر الباب **(ولا يبع)** بالجزم على النهي، وفي رواية: «لا يبيع» بالرفع على النفي واحتمال الإشباع **(حاضرٌ لبادٍ)** وفيه أيضاً أبحاث.

الأول: في المراد بالبادي، قال الباجي[1]: أما البادي الذي منع من البيع له، فإن أهل البوادي ضربان، ضرب أهل عمود، وضرب أهل منازل واستيطان، فأما أهل العمود، فلا خلاف أنهم مرادون في الحديث، قال ابن الموّاز عن مالك: هم الأعراب أهل العمود لا يباع لهم ولا يشرى عليهم، والأصل في ذلك الحديث في النهي عن ذلك، ومن جهة المعنى أنهم لا يعرفون الأسعار، فيوشك إذا تناولوا البيع لأنفسهم استرخص منهم ما يبيعون، وأما أهل القرى فقد قال ابن المواز عن مالك: إنه لم يرد بالنهي عن ذلك أهل القرى الذين يعرفون الأثمان والأسواق، ولا بأس به، وروى ابن المواز عن مالك: وأما أهل القرى الذين يشبهون أهل البادية، فلا يباع لهم ولا يشرى عليهم.

وينقسم الأمر على ذلك ثلاثة أقسام: البدوي؛ لا يباع له عرف السعر أو لم يعرفه، والقروي؛ إن كان يعرف الأسعار، فلا بأس أن يباع له، وإن كان لم

---

(١) «المنتقى» (٥/١٠٣).

....

يعرفها لم يبع له، وروى ابن الموّاز عن مالك: لا يبيع مدنيٌّ لمصري ولا مصري لمدني، وفي «العتبية»: وأما أهل المدائن يبيع بعضهم لبعض، أرجو أن يكون خفيفاً.

وجه الأول أن بُعْدَ أوطانهم يقتضي جهلهم بالأسعار، فمنع من يعرفها ليرخص بذلك ما جلبوه، ووجه القول الثاني أن حرمتهم متساوية، وبأيسر مقام في البلد يعرفون الأسعار، ولا يصح أن يخفى ذلك عليهم، فلا فائدة لكتمانهم ذلك، انتهى.

وقال الموفق:[1] البادي ههنا من يدخل البلدة من غير أهلها، سواء كان بدوياً أو من قرية أو بلدة أخرى، انتهى.

وفي «الدر المختار»[2]: قيل: الحاضر المالك والبادي المشتري، والأصح أنهما السمسار والبائع، ولذا عدي باللام لا بمن، قال ابن عابدين: قوله: قيل: الحاضر المالك، مشى عليه في «الهداية»[3] حيث قال: هو أن يبيع من أهل البادية طمعاً في الثمن الغالي، لما فيه من الإضرار بهم، قوله: والأصح إلخ بأن يصير الحاضر سمساراً للبادي البائع، قال الحلواني: هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع، ويقول له: لا تبع أنت، أنا أعلم بذلك منك، فيتوكل له، ويبيع ويغالي، ولو تركه يبيع لنفسه لرخص على الناس، انتهى.

وقال الحافظ[4]: فسر الحاضر بالبادي بأن المراد نهى الحاضر أن يبيع

(١) «المغني» (٦/ ٣٠٩).
(٢) (٧/ ٤١٢).
(٣) (٢/ ٥٤).
(٤) «فتح الباري» (٤/ ٣٧١).

....

للبادي في زمن الغلاء شيئاً يحتاج إليه أهل البلد، فهذا مذكور في كتب الحنفية، وقال غيرهم: صورته أن يجيء البلد غريب بسلعته يريد بيعها بسعر الوقت في الحال، فيأتيه بلدي، فيقول له: ضعه عندي لأبيعه لك على التدريج بأغلى من هذا السعر، فجعلوا الحكم منوطاً بالبادي، ومن شاركه في معناه قال: وإنما ذكر البادي في الحديث لكونه الغالب، فألحق به من يشاركه في عدم معرفة السعر الحاضر، وإضرار أهل البلد بالإشارة عليه بأن لا يبادر بالبيع، وهذا تفسير الشافعية والحنابلة.

وجعل المالكية البداوة قيداً، وعن مالك لا يلتحق بالبدوي في ذلك إلا من كان يشبهه، قال: فأما أهل القرى الذين يعرفون أثمان السلع، والأسواق فليسوا داخلين في ذلك، انتهى.

البحث الثاني في حكمه: قال الموفق[١]: وممن كره بيع الحاضر للبادي طلحة بن عبيد الله وابن عمر وأبو هريرة وأنس وعمر بن عبد العزيز ومالك والليث والشافعي وأحمد، ونقل أبو إسحاق في سماعاته أن الحسن بن علي المصري سأل أحمد عن بيع حاضرٍ لبادٍ، فقال: لا بأس به، فقال له: فالخبر الذي جاء بالنهي؟ قال: كان ذلك مرة، فظاهر هذا صحة البيع، وأن النهي اختص بأول الإسلام لما كان عليهم من الضيق في ذلك، وهذا قول مجاهد وأبي حنيفة وأصحابه، والمذهب الأولُ، انتهى.

وقال البخاري في «صحيحه»: رخص فيه عطاء، قال الحافظ[٢]: وصله عبد الرزاق عن الثوري عن عبيد الله بن عثمان عن عطاء بن أبي رباح، قال: سألته عن أعرابي أبيع له، فرخَّص لي، وأما ما رواه سعيد بن منصور عن

(١) «المغني» (٦/ ٣٠٩).

(٢) «فتح الباري» (٤/ ٣٧١).

....

مجاهد قال: إنما نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد، لأنه أراد أن يصيب المسلمون غرتهم، فأما اليوم فلا بأس، فقال عطاء: لا يصلح اليوم، فقال مجاهد: ما أرى أبا محمد إلا لو أتاه ظئر له من أهل البادية إلا سيبيع له، فالجمع بين الروايتين عن عطاء أن يحمل قوله هذا على كراهة التنزيه، ولذا نسب إليه مجاهد ما نسب، وأخذ بقول مجاهد في ذلك أبو حنيفة، انتهى.

ومال البخاري في هذه المسألة إلى أن النهي لمن يبيع بالأجرة كالسمسار، وأما بدون الأجرة فيجوز، واستدل لذلك بحديث «النصح لكل مسلم»، وفي «المحلى»: خصه الحنفية بزمن القحط؛ لأن فيه إضراراً بأهل البلدة، فلا يكره زمن الرخص، انتهى.

وفي «الدر المختار»[(١)]: كره بيع الحاضر للبادي في حالة قحط وعوز، وإلا لا لانعدام الضرر، انتهى.

البحث الثالث: في المراد بالبيع في الحديث المذكور، هل هو في معناه المعروف أو يشمل الشراء أيضاً؟ وترجم البخاري في «صحيحه» «باب لا يشتري حاضر لباد بالسمسرة»، وكرهه ابن سيرين وإبراهيم للبائع والمشتري، قال إبراهيم: إن العرب تقول: بع لي ثوباً، وهي تعني الشراء.

قال الحافظ[(٢)]: قوله: لا يشتري قياساً على البيع أو استعمالاً للفظ البيع في البيع والشراء، قال ابن حبيب المالكي: الشراء للبادي مثل البيع لقوله ﷺ: «لا يبع بعضكم على بعض»، فإن معناه الشراء، وعن مالك في ذلك روايتان، انتهى.

قال الباجي[(٣)]: أما ما يمنع من التصرف، فقد روى ابن المواز عن مالك

(١) (٧/ ٣١٢).

(٢) «فتح الباري» (٤/ ٣٧٣).

(٣) «المنتقى» (٥/ ١٠٤).

....

في البدوي لا يبيع له الحضري، ولا يشتري له، وهذا متفق عليه في البيع، وقال مالك في «العتبية»: إذا قدم البدوي فأكره أن يخبره الحضري بالسعر، وأما الشراء للبدوي، ففي «الموازية» و«العتبية» عن مالك لا بأس بذلك، بخلاف البيع، وقال ابن حبيب: لا يبيع له ولا يشتري، انتهى.

وقال الموفق(١): فأما الشراء لهم، فيصح عند أحمد، وهو قول الحسن، وكرهت طائفة الشراء لهم، كما كرهت البيع، ويروى عن أنس قال: كان يقال: هي كلمة جامعة، يقول: لا تبيعن له شيئاً، ولا تبتاعن له شيئاً، انتهى.

وقال العيني(٢): قد اختلف العلماء في شراء الحاضر للبادي، فكرهت طائفة، كما كرهوا البيع له، واحتجوا بأن البيع في اللغة يقع على الشراء، كما يقع الشراء على البيع، ورُوِي ذلك عن أنس، وأجازت طائفة الشراء لهم، وقالوا: إن النهي إنما جاء في البيع خاصة، ولم يعدوا ظاهر اللفظ، رُوِي ذلك عن الحسن البصري، واختلفَ قول مالك في ذلك، فمرة قال: لا يشتري له، ومرة أجاز الشراء له، وبهذا قال الشافعي والليث، وقال الكرماني: قال إبراهيم: العرب تطلق البيع على الشراء، قال الكرماني: هذا صحيح على مذهب من جوز استعمال المشترك في معنييه، اللَّهم إلا أن يقال: البيع والشراء ضِدَّان، فلا يصحُّ إرادتُهما معاً، انتهى.

البحث الرابع: هل يدخل في النهي الإشارة أيضاً أم لا؟ قال الحافظ(٣): أجاز الأوزاعي أن يشير الحاضر على البادي، وقال: ليست الإشارة بيعاً، وعن الليث وأبي حنيفة لا يشير عليه؛ لأنه إذا أشار عليه فقد باعه، وعند الشافعية

---

(١) «المغني» (٦/ ٣١٠).

(٢) «عمدة القاري» (٨/ ٤٦٢).

(٣) «فتح الباري» (٤/ ٣٧٢).

....

في ذلك وجهان، والراجح منهما الجواز؛ لأنه إنما نهي عن البيع له، وليست الإشارة بيعاً، وقد ورد الأمر بنصحه، فدلّ على جواز الإشارة، انتهى.

وفي «المنتقى»(١): قال مالك في «العتبية»: إذا قدم البدوي، فأكره أن يخبره الحضري بالسعر، انتهى.

قال الموفق(٢): أما إن أشار الحاضر على البادي من غير أن يباشر البيع له، فقد رخص فيه طلحة بن عبيد الله والأوزاعي وابن المنذر، وكرهه مالك والليث، وقول الصحابي حُجَّةٌ ما لم يثبت خلافه، انتهى.

وقال الأبي(٣): لمالك وابن حبيب لا بأس بأن يبعث البدوي إلى الحضري بالشيء يبيعه له؛ لأن النهي إنما جاء فيما جلبه بنفسه، وكره ابن القاسم للحضري أن يخبر البدوي بالسعر.

قال ابن رشد: لما فيه من الإضرار بأهل الحاضرة من قطع المرافق، ولا أعلم فيه خلافاً، انتهى.

قلت: أراد خلاف المالكية، فإن خلافهم فيه معروف، وقال العيني(٤): واختلف في أهل القرى، هل هم مرادون بالحديث؟ فقال مالك: إن كانوا يعرفون بالأثمان فلا بأس به، وإن كانوا يشبهون أهل البادية، فلا يباع، ولا يشار عليهم، قال شيخنا: لا يلزم من النهي عن البيع تحريم الإشارة عليه إذا استشاره، وهو قول الأوزاعي، قال: وقد أمر بنصحه في بعض طرق هذا الحديث، وهو قوله: «إذا استنصح أحدكم أخاه فلينصح له»، وحكى الرافعي

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٠٤).

(٢) (٦/ ٣١١).

(٣) «إكمال إكمال المعلم» (٤/ ١٨٣).

(٤) «عمدة القاري» (٨/ ٤٢٩).

....

عن أبي الطيب وأبي إسحاق المروزي أنه يجب عليه إرشاده إليه بذلاً للنصيحة، وعن أبي حفص بن الوكيل أنه لا يرشده توسعاً على الناس، ونُقِلَ مثلُه عن مالك، بل حكى ابن العربي عنه أنه لو سأله عن السعر لا يخبره به لحق أهل الحضر، انتهى.

وقال في موضع آخر: روى أحمدُ من حديث حكيم بن أبي يزيد عن أبيه حدثني أبي قال: قال رسول الله ﷺ: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض، فإذا استنصح الرجلُ الرجلَ فلينصح له»، وروى أبو داود من طريق سالم المكيّ أن أعرابياً حدثه أنه قدم بحلوبة[1] له على طلحة بن عبيد الله، فقال له: إن النبي ﷺ نهى أن يبيع حاضر لباد، ولكن اذهب إلى السوق، وانظر من يبايعك، فشاورني حتى آمرك وأنهاك، انتهى.

البحث الخامس: في شرائط النهي في الحديث المذكور، قال صاحب «المقنع»: في بيع الحاضر للبادي روايتان، إحداهما يصح، والأخرى لا يصح بخمسة شروط، أن يحضر البادي لبيع سلعة بسعر يومها جاهلاً بسعرها، ويقصده الحاضر وبالناس حاجة إليها، وإن اختلَّ شرطٌ منها صحَّ البيع، قال الشارح: ظاهر كلام الخرقي أنه يحرم بثلاثة شروط.

أحدها: أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولى البيع له، فإن كان هو القاصد للحاضر جاز؛ لأن التضييق حصل منه لا من الحاضر.

الثاني: أن يكون البادي جاهلاً بالسعر، قال أحمد في رواية أبي طالب: إن كان البادي عارفاً بالسعر لم يحرم.

الثالث: أن يكون قد جلب السلعة للبيع، فأما إن جلبها ليأكلها أو

---

(١) حلوبة: بالحاء المهملة أي ناقة تحلب، وقيل: بالجيم، وهي ما تجلب من كل ما يباع والمراد الناقة التي تجلب للبيع، كذا في «بذل المجهود» (١٥/١٠٨).

....

يخزنها، فليس في بيع الحاضر له تضييقاً، بل توسعةً، وذكر القاضي شرطين آخرين: أحدهما: أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها، فأما إن كان في نفسه أن لا يبيعها رخيصة، فليس في بيعه تضييق، الثاني: أن يكون بالناس حاجة إليها، وضرر في تأخير بيعها كالأقوات ونحوها، وقال أصحاب الشافعي: إنما يحرم بشروط أربعة، وهي ما ذكرنا إلا حاجة الناس إليها، فإن اختلَّ شرط منها لم يحرم البيع، انتهى. وكذا قال الموفق[١].

وقال الحافظ[٢]: قال ابن المنذر: اختلفوا في هذا النهي والجمهور على أنه للتحريم بشرط العلم بالنهي، وأن يكون المتاع المجلوب مما يحتاج إليه، وأن يعرض الحضري ذلك على البدوي، فلو عرضه البدوي على الحضري لم يمنع، وزاد بعض الشافعية عموم الحاجة، وأن يظهر ببيع ذلك المتاع السعة في تلك البلد، قال ابن دقيق العيد: أكثر هذه الشروط تدور بين اتباع اللفظ أو المعنى، انتهى.

وقال ابن عبد البر[٣]: حمله مالك على أهل العمود خاصة البعيدين عن الحاضرة، الجاهلين بالسعر فيما يجلبونه من فوائد البادية دون شراء، وإنما قيده بهذه القيود؛ لأن الغرض من الحديث إرفاق أهل الحضر بأهل البادية مما ليس فيه ضرر ظاهر على أهل البادية، وهذا إنما يحصل بمجموع تلك القيود، وبيانه إذا لم يكونوا أهل عمود فهم أهل بلاد، والغالب أنهم يعرفون السعر، فلهم أن يتوصلوا إلى تحصيله بأنفسهم وبغيرهم.

وكذا إن كان الذي جلبوه اشتروه، فهم فيه تجار يقصدون الربح، فلا

---

(١) انظر: «المغني» (٦/ ٣١٠).

(٢) «فتح الباري» (٤/ ٣٧١).

(٣) انظر: «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٣٩).

....

يحال بينهم وبينه، ولهم أن يتوصلوا إليه بالسماسرة وغيرهم، وأما أهل العمود الموصوفون بالقيود المذكورة، فإن باع لهم السماسرة أو غيرهم ضرَّ بأهل الحضر في استخراج غاية الثمن فيما أصله على أهل العمود بلا ثمن، وقصد الشارع إرفاق أهل الحاضرة به، انتهى.

قال الباجي[١]: قال ابن المواز: عن مالك في النهي عن بيع الحاضر للبادي هم الأعراب أهل العمود، فإنهم لا يعرفون الأسعار، فيوشك إذا تناولوا البيع لأنفسهم استرخص منهم ما يبيعونه؛ لأن ما يبيعونه أكثره لا رأس مال لهم فيه؛ لأنهم لم يشتروه، وإنما صار إليهم بالاستغلال، فكان الرفق بمن يشتريه أولى مع أن أهل الحواضر هم أكثر الإسلام، وهي مواضع الأئمة، فيلزم الاحتياط لها والرفق بمن يسكنها، انتهى.

البحث السادس: في من خالف الحديث فباع لباد، قال الأبي[٢]: فإن وقع بيع الحضري للبدوي، فقال ابن القاسم في رواية عيسى عنه: يفسخ البيع؛ لأنه ابتاع حراماً للنهي، وقال في رواية سحنون: يمضي، وعلى الفسخ، فقال ابن رشد: يفسخ ما كان قائماً ويفوت بما يفوت فيه البيع الفاسد، فيمضي بالقيمة، وقيل بالثمن، وعلى أنه لا يفسخ فقيل: يخير المبتاع بين الرد والإمضاء إذا لم يعلم أن الحضري باعه، وقيل: لا حق له، فلا يخير، انتهى.

قال الباجي[٣]: قال ابن القاسم: يفسخ البيع حضر البدوي أو بعث سلعته إلى الحاضرة، ورواه ابن حبيب عن مالك: قال مالك: وكذلك الشراء، ولم ير ابن عبد الحكم فسخه إذا باع حاضر لباد، ورواه سحنون عن ابن

(١) «المنتقى» (٥/ ١٠٣).

(٢) «إكمال الإكمال» (٤/ ١٨٣).

(٣) «المنتقى» (٥/ ١٠٤).

وَلَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ. ....

القاسم، وجه القول الأول أن النهي يقتضي فساد المنهي عنه، ووجه القول الثاني أن العقد سالم من الفساد، وإنما نهي عنه لمعنى الاسترخاص، ومن تكرر منه هذا، قال ابن القاسم في «العتبية»: يؤدب، وروي عن ابن وهب يزجر ولا يؤدب، وإن كان عالماً بمكروهه، انتهى.

وقال الموفق[١]: وإن اجتمعت الشروط فالبيع حرام، وقد صرح الخرقي ببطلانه، ونص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد، وعن أحمد رواية أخرى أن البيع صحيح، وهو مذهب الشافعي، لكون النهي لمعنى في غير المنهي، ولنا، أنه منهي عنه والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، انتهى.

(ولا تُصرُّوا) بضم المثناة الفوقية، وفتح الصاد المهملة، والراء المشددة بعدها واو بصيغة الجمع على المشهور في ضبطه، وفيه قولان آخران يأتي بيانهما **(الإبلَ)** منصوب على المفعولية **(والغَنَم)** عطف على الإبل، هذا هو المشهور في ضبطه، وعزاه عياض لضبط المتقنين من شيوخه، قال: وكان شيخنا ابن عتّاب يُقَرِّبه للطلبة، فيقول: هو مثل ﴿فَلَا تُزَكُّوٓاْ أَنفُسَكُمۡۖ﴾[٢] في الضبط، وضبط بفتح التاء وضم الصاد، والإبل على هذا أيضاً منصوب على المفعولية، وعلى هذا هو من صررت الشيء إذا ربطته، وضبط أيضاً بضم التاء وفتح الصاد بدون الواو، فالإبل على هذا نائب الفاعل، والصواب الأول واشتقاقه من التصرية مصدر صرى بشدِّ الراء إذا جمع، يقال: صريت الماء في الحوض أي جمعته، والتصرية في عرف الفقهاء جمع اللبن في الضرع اليومين والثلاثة حتى يعظم، فيظن المشتري أنه لكثرة اللبن.

وقال البخاري: المصراة التي صُري لبنها، وحقن فيه، وجمع، ولم

(١) «المغني» (٦/ ٣١٠).

(٢) سورة النجم: الآية ٣٢.

فَمَنِ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذٰلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ. بَعْدَ أَنْ يَحْلُبَهَا. إِنْ رَضِيَهَا، أَمْسَكَهَا. ....

يحلب أياماً، قال الحافظ[١]: هذا التفسير قول أبي عبيد وأكثر أهل اللغة. وقال الشافعي: هو ربط أخلاف الناقة أو الشاة، وترك حلبها، والأول أصح؛ لأنه من صريت اللبن في الضرع إذا جمعته، وليس من صررت الشيء إذا ربطته إذ لو كان منه لقيل: مصرورة أو مصررة، ولم يقل: مصراة على أنه قد سمع الأمران في كلام العرب.

وقيل: يحتمل أن تكون مصراة مصررة، أبدل إحدى الرائين ياء، قال أبي[٢]: ما ذكر أبو عبيد يرجع إلى أنه من التصرية، ولذا أنكر أن يكون من الصر الذي هو الربط، وتسمى أيضاً محفلة، والتحفيل بالمهملة والفاء: التجميع، قال أبو عبيد: سميت بذلك؛ لأن اللبن يكثر في ضرعها، وكلُّ شيء كثّرته فقد حفلته، تقول: ضرعٌ حافلٌ، أي عظيم، واحتفل القوم إذا كثر جمعهم، ومنه سمي المحفل.

(فمن ابتاعها) أي المصراة **(بعد ذلك)** أي بعد التحفيل **(فهو بخير النظرين)** أي الرأيين الآتي بيانهما، وقال الباجي: قال محمد: له الردُّ بعد أن يحلب مرتين، فإن حلب ثلاثاً لزمته، انتهى. **(بعدأن يحلبها)** بضم اللام من باب نصر، وفي رواية البخاري: أن يحتلبها، وهو بفتح أن والفعل منصوب.

قال الحافظ[٣]: وظاهر الحديث أن الخيار لا يثبت إلا بعد الحلب، والجمهور على أنه إذا علم بالتصرية ثبت له الخيار، ولو لم يحلب.

ثم بين النظرين بقوله: **(إن رضيها)** أي المشتري **(أمسكها)** أي المصراة،

---

(١) «فتح الباري» (٤/ ٣٦٢).

(٢) «إكمال إكمال المعلم» (٤/ ١٨٤).

(٣) «فتح الباري» (٤/ ٣٦٢).

وَإِنْ سَخِطَهَا، رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ».

أخرجه البخاريّ في: ٣٤ ـ كتاب البيوع، ٦٤ ـ باب النهي للبائع أن لا يحفِّل الإبل. ومسلم في: ٢١ ـ كتاب البيوع، ٤ ـ باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، حديث ١١.

ولا شيء له، وهو يقتضي صحة بيع المصراة **(وإن سخطها)** أي كرهها **(ردَّها)** أي ردَّ المصراة **(و)**رَدَّ معها **(صاعاً من تمر)** قال الحافظ: الواو في وصاعاً من تمر عاطفة للصاع على الضمير في ردّها، ويجوز أن تكون الواو بمعنى مع، ويستفاد منه فورية الصاع مع الرد، ويجوز أن يكون مفعولاً معه، ويعكر عليه قول جمهور النحاة: إن شرط المفعول معه أن يكون فاعلاً.

قال الزرقاني[1]: نصب صاعاً على أن الواو بمعنى مع لا مفعولاً معه؛ لأن جمهور النحاة على أن شرطه أن يكون فاعلاً، نحو جئت أنا وزيداً، وفي «المحلى»: كذا قيل، والمشهور عدم الاشتراط، واختلفت الروايات جداً في رد الصاع من التمر والطعام والبر وغير ذلك، كما بسطها الحافظ وغيره، قال الحافظ: وقد أخذ بظاهر هذا الحديث جمهور أهل العلم، وأفتى به ابن مسعود وأبو هريرة ولا مخالف لهم من الصحابة، وقال به من التابعين ومن بعدهم من لا يحصى عدده، ولم يفرقوا بين أن يكون اللبن الذي احتلب قليلاً أو كثيراً ولا بين أن يكون التمر قوت تلك البلد أم لا.

وخالف في أصل المسألة أكثر الحنفية وفي فروعها آخرون، أما الحنفية فقالوا: لا يرد بعيب التصرية، ولا يجب رد صاع من التمر، وخالفهم زفر، فقال بقول الجمهور إلا أنه قال: يتخير بين صاع تمر أو نصف صاع بر، وكذا قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف في رواية إلا أنهما قالا: لا يتعين صاع التمر بل قيمته، وفي رواية عن مالك وبعض الشافعية كذلك، لكن قالوا: يتعين قوت البلد قياساً على زكاة الفطر، وبسط الحافظ في الأعذار للحنفية عن الأخذ بهذا

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٣٩).

....

الحديث والرد عليها، وكذا بسط العيني في شرح البخاري[١] والطحاوي في الجواب عنها.

وقال ابن رشد[٢]: التصرية عند مالك والشافعي عيب، وحجتهم حديث المصراة المشهور.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: ليست التصرية عيباً للاتفاق على أن الإنسان إذا اشترى شاة، فخرج لبنها قليلاً أن ذلك ليس بعيب، قالوا: وحديث المصراة يجب أن لا يوجب عملاً لمفارقته الأصول، وذلك أنه مفارق للأصول بوجوهٍ.

منها: أنه معارض لقوله ﷺ: «الخراج بالضمان»، وهو أصل متفق عليه.

ومنها: أن فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة، وذلك لا يجوز باتفاق.

ومنها: أن الأصل في المتلفات إما القيم وإما المثل، وإعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة ولا مثلاً.

ومنها: بيع الطعام المجهول، أي الجزاف بالمكيل المعلوم، ولكن الواجب أن يستثنى هذا من هذه الأصول كلها لموضع صحة الحديث، وهذا كأنه ليس من هذا الباب، وإنما هو حكم خاص، انتهى.

وذكر العيني في شرح البخاري والطحاوي أن أبا حنيفة ومحمداً ومالكاً في رواية وأبا يوسف في المشهور عنه وأشهب من المالكية والكوفيين وابن أبي ليلى في رواية قالوا: ليس للمشتري ردُّ المصراة بخيار العيب، لكنه يرجع على البائع بنقصان العيب.

(١) «عمدة القاري» (٨/ ٤٤٥).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/ ١٧٥).

....

وفي كتب أصحابنا الحنفية: ليس له أن يردّ المصراة؛ لأنه وجد ما يمنع الرد، وهو الزيادة المنفصلة عنها، وفي الرجوع بالنقصان روايتان عن أبي حنيفة، وفي رواية شرح الطحاوي: يرجع على البائع بالنقصان من الثمن، لتعذر الرد، وفي رواية «الأسرار»: لا يرجع؛ لأن اجتماع اللبن وجمعه لا يكون عيباً، انتهى.

وقال الباجي[١]: قال ابن القاسم: قلت لمالك: أتأخذ بحديث المصراة؟ قال: نعم، وقال ابن المواز: لم يأخذ به أشهب، وقال: جاء ما يضعفه أن الغلة بالضمان، وسألت عنه مالكاً، فكأنه ضعفه، قال أشهب: وهو لو ردها بعيب وقد أكل منها فلا شيء عليه، انتهى.

وقال الأبي[٢]: أخذ مالك في المشهور عنه بهذا الحديث، ولم يأخذ به في قوله الآخر الذي له في «العتبية» و«مختصر ابن عبد الحكم» وقال: قد جاء حديث «الخراج بالضمان»، انتهى. والفروع المختلفة في الباب عند القائلين بذلك كثيرة جداً، كما أشار إليه الحافظ.

١ ـ منها: ما قال الموفق[٣]: إنه إذا رَدَّ المصرّاة لزمه ردُّ بدل اللبن، وهذا قول كل من جوز ردها، وهو مقدر في الشرع بصاع من تمر، كما في الحديث الصحيح، وهذا قول الليث وإسحاق والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور، وذهب مالك وبعض الشافعية إلى أن الواجب صاع من غالب قوت البلد؛ لأن في بعض الأحاديث «ورَدَّ معها صاعاً من طعام»، وفي بعضها «ورَدَّ معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً».

(١) «المنتقى» (٥/ ١٠٥).

(٢) «إكمال إكمال المعلم» (٤/ ١٨٤).

(٣) «المغني» (٦/ ٢١٧).

....

فجمع بين الأحاديث، وجعل تنصيصه على التمر؛ لأنه غالب قوت البلد في المدينة، ونص على القمح؛ لأنه غالب قوت بلد آخر، وقال أبو يوسف: يرد قيمة اللبن؛ لأنه ضمان متلف، فكان مقدراً بقيمته كسائر المتلفات، وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى، وحكي عن زفر أنه يرد صاعاً من تمر أو نصف صاع من بر بناء على قولهم في الفطرة والكفارة، ولنا، الحديث الذي أوردناه، وهو المعتمد في هذه المسألة، وقد نص فيه على التمر، انتهى.

قلت: وما قال: إن هذا قول كل من جَوَّزَ الرد ليس بصحيح، فقد قال الأبي: المشهور أنه لا بد من رد الصاع معها، ولمالك وأشهب أنه لا يرد معها شيئاً، وهو خلاف نص الأحاديث، وإذا تعين الصاع فالمشهور أنه من غالب عيش أهل البلد، انتهى.

قال الباجي[1]: ومما ذا يكون الصاع، قال ابن القاسم عن مالك: من غالب قوت البلد، وبه قال أبو علي عن أبي هريرة من أصحاب الشافعي، وقال زياد بن عبد الرحمٰن عن مالك: وجدته في كتابي، من اشترى شاة مصراة أو ناقة فله إذا حلبها أن يردها ومكيلة ما حلب من اللبن تمراً أو قيمته، وقال أكثر أصحاب الشافعي: لا يكون إلا من التمر، وقد تعلق أصحابنا في ذلك بما روى ابن سيرين عن أبي هريرة في هذا الحديث «وصاعاً من طعام»، ووجه ذلك على الرواية المشهورة في صاع التمر أنه خصه بالذكر؛ لأنه كان أغلب قوت ذلك البلد فيجب أن يكون لغيره من البلاد غالب قوتهم، كزكاة الفطر، انتهى.

٢ ـ ومنها: ما قال الحافظ[2]: ظاهر الحديث أن الخيار لا يثبت إلا بعد

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٠٦).

(٢) «فتح الباري» (٤/ ٣٦٢).

....

الحلب، والجمهور على أنه إذا علم بالتصرية ثبت له الخيار، ولو لم يحلب، لكن لمّا كانت التصرية لا تعرف غالباً إلا بعد الحلب ذكر قيداً في ثبوت الخيار، فلو ظهرت التصرية بغير الحلب، فالخيار ثابت.

قال الموفق: إن علم بالتصرية قبل حلبها، مثل أن أقرّ به البائع، أو شهد به من تقبل شهادته، فله ردُّها، ولا شيء معها؛ لأن التمر إنما وجب بدلاً للبن المحتلب، ولذا قال ﷺ: «ففي حلبتها صاع من تمر»، ولم يأخذ لها لبناً ههنا، فلم يلزمه ردُّ شيء معها، وهذا قول مالك، قال ابن عبد البر: هذا ما لاخلاف فيه، انتهى.

٣ ـ ومنها: ما قال الموفق[١]: لو احتلبها وترك اللبن بحاله، ثم ردَّها ردَّ لبنها، ولا يلزمه شيء؛ لأن المبيع إذا كان موجوداً فردّه لم يلزمه بدله، فإن أبى البائع، وطلب التمر لم يكن له ذلك إذا كان بحاله لم يتغير، وقيل: لا يلزمه قبوله؛ لظاهر الخبر، ولأنه نقص بالحلب، وكونه في الضرع أحفظ له.

ولنا، أنه قدر على رد المبدل، فلم يلزمه البدل، والحديث المراد به ردُّ التمر حال عدم اللبن، وإن كان اللبن قد تغير، ففيه وجهان، أحدهما: لا يلزمه قبوله، وهذا قول مالك للخبر، ولأنه قد نقص بالحموضة، والثاني: يلزمه قبوله؛ لأن النقص حصل بتغرير البائع وتسليطه على حلبه، فلم يمنع، انتهى.

قلت: في الصورة الأولى أيضاً خلاف مالك، قال الباجي[٢]: فإن إراد أحدهما أن يكون اللبن بدلَ الصاع لم يلزم الآخر، فإن اتفقا على ذلك، فقد قال ابن القاسم في «المدونة»: لا يجوز ذلك، واحتج بأني أخاف أن يكون من بيع الطعام قبل استيفائه؛ لأنه ﷺ فرض عليه صاعاً من تمر، فصار ثمناً قد

---

(١) «المغني» (٦/ ٢١٩).

(٢) «المنتقى» (٣/ ١٠٦).

....

وجب للبائع، فلا يفسخه في اللبن قبل القبض، ووجه آخر أن الذي يجب رده ما كان موجوداً من اللبن حين البيع، وذلك لا يتميز من غيره، فلا يمكن رده، وقال سحنون: لا بأس به؛ لأنه يكون إقالة، وما ذكرناه يمنع منه، انتهى.

وقال الدردير[١]: حرم ردّ اللبن الذي حلبه منها بدلاً عن الصاع ولو بتراضيهما؛ لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه؛ لأنه برد المصراة وجب الصاع على المشتري عوضاً عن اللبن، فلا يجوز أخذ اللبن عوضاً عنه. انتهى.

٤ ـ ومنها: متى يثبت له الخيار؟ قال الحافظ[٢]: في حديث مالك بلفظ «إن سخطها ردّها»، ظاهره اشتراط الفور وقياساً على سائر العيوب، لكن الرواية التي فيها أن الخيار ثلاثة أيام مقدمة على هذا الإطلاق، ونقل فيه نص الشافعي، وهو قول الأكثر، وأجاب من صحَّح الأول، بأن هذه الرواية محمولة على ما إذا لم يعلم أنها مصراة إلا في الثلث؛ لكون الغالب أنها لا تعلم فيما دون ذلك، قال ابن دقيق العيد: والثاني أرجح؛ لأن حكم التصرية قد خالف القياس في أصل الحكم لأجل النص، فيطرد ذلك ويتبع في جميع موارده، انتهى.

وفي «المنتقى»[٣]: قال محمد: له الرد بعد أن يحلب مرتين، فإن حلب ثلاثاً لزمته، وقال ابن القاسم لما سئل أيردُّها بعد الثلاثة؟ قال: إذا رأى من ذلك ما يعلم أنه قد اختبرها قبل ذلك، فما حلب بعد ذلك منع الرد، قال الباجي: والأظهر عندي أنه يكون الخيار بعد الثلاثة، وقد روي عن أبي هريرة في هذا الحديث، فهو بالخيار بعد أن يحلبها ثلاثاً، ومن جهة المعنى أن الحلبة

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ١١٦).
(٢) «فتح الباري» (٤/ ٣٦٢).
(٣) «المنتقى» (٥/ ١٠٥).

....

الثانية لا يعلم بها حالها، لجواز أن يكون نقص اللبن لاختلاف المرعى، ولأن التحفيل يقلل لبنها في الحلبة الثانية، فإنما يعلم حقيقة أمرها بالثالثة، فيجب أن يكون له الخيار بعدها؛ لأنه بها يتبين أمرها، انتهى.

وقال الموفق[١]: اختلف أصحابنا في مدة الخيار، فقال القاضي: هو مُقَدَّرٌ بثلاثة أيام، ليس له الرد قبل مضيها، ولا إمساكها بعدها، فإن أمسكها بعد ذلك ليس له الرد، قال: هو ظاهر كلام أحمد، وهو قول بعض أصحاب الشافعي؛ لرواية أبي هريرة بلفظ: «فهو بالخيار ثلاثة أيام» رواه مسلم[٢]، قالوا: فهذه الثلاثة قَدَّرَها الشارع لمعرفة التصرية، فإنها لا تعرف قبل مضيها؛ لأنها في اليوم الأول لبنها لبن تصرية، وفي اليوم الثاني يجوز أن يكون لبنها نقص؛ لتغير المكان واختلاف العلف، فإذا مضت الثلاثة استبانت التصرية، وثبت الخيار على الفور، ولا يثبت قبل انقضائها.

وقال أبو الخَطَّاب: متى ثبتت التصرية جاز له الردُّ قبل الثلاثة وبعدها؛ لأنه تدليسٌ يثبت الخيار، فملك الرد به إذا تَبَيَّنَه، كسائر التدليس، وهذا قول بعض المدنيين، فعلى هذا يكون فائدة التقدير في الخبر بالثلاثة؛ لأن الظاهر أنه لا يحصل العلم إلا بها، فاعتبر بها؛ لحصول العلم ظاهراً، فإن حصل العلم بها أو لم يحصل بها، فالاعتبار به دونها كما في سائر التدليس.

وظاهر قول ابن أبي موسى أنه متى علم التصرية ثبت له الخيار في الأيام الثلاثة إلى تمامها، وهذا قول ابن المنذر وأبي حامد من أصحاب الشافعي، وحكاه عن الشافعي نصاً؛ لظاهر الحديث، فإنه يقتضي ثبوت الخيار في الأيام الثلاثة كلها، وعلى قول القاضي لا يثبت الخيار في شيء منها، وإنما يثبت

---

(١) «المغني» (٦/ ٢٢٠).

(٢) «صحيح مسلم» (٣/ ١١٥٨، ١١٥٩).

....

عقيبها، وقول أبي الخطاب يسوي بين الأيام الثلاثة وبين غيرها، والعمل بالخبر أولى، والقياس ما قال أبو الخطاب؛ لأن الحكم كذلك في العيوب وسائر التدليس، انتهى.

٥ ـ ومنها: ما قال الحافظ[١] إن ابتداء هذه المدة من وقت بيان التصرية، وهو قول الحنابلة، وعند الشافعية أنها من حين العقد، وقيل: من التفرق ويلزم عليه أن يكون الغرر أوسع من الثلاث في بعض الصور، وهو ما إذا تأخر ظهور التصرية إلى آخر الثلاث، ويلزم عليه أيضاً أن تحسب المدة قبل التمكن من الفسخ، وذلك يفوت مقصود التوسع بالمدة، انتهى.

قلت: وتقدم في البحث الماضي أن بعضهم ذهب إلى اشتراط الفور بعد الحلبة، وبعضهم إلى أن الرد في الحلبتين فقط، ولزم البيع في الحلبة الثالثة، قال الدردير[٢]: إن حلبت المصراة حلبة ثالثة في يوم ثالث، فحلبها ثلاث مرات في يوم بمنزلة حلبة واحدة، فإن حصل الاختبار بالثانية فحلبها ثالثة رضا فلا رد له، وفي «الموازية»: له ردها بعد الثالثة مع حلفه أنه لم يرض.

قال الدسوقي: قوله: في يوم ثالث، فيه أن الذي يفيده النقل، كما في «طفي»، أن المراد بالحلبات المرات لا الأيام «عدوي»، وفي «بن» تقييده بالحلبات المعتادة، كبكرة وعشية، انتهى.

٦ ـ ومنها: أن لا يكون عالماً بالتصرية، قال الموفق: إنما يثبت الخيار بشرط أن لا يكون المشتري عالماً بالتصرية، فإن كان عالماً لم يثبت له الخيار، وقال أصحاب الشافعي: يثبت له الخيار في وجه للخبر، ولأن انقطاع اللبن لم يوجد وقد يبقى على حاله فلم يجعل ذلك رضا، كما لو تزوجت عِنِّيْناً، ثم طلبت الفسخ.

---

(١) «فتح الباري» (٤/ ٣٦٢).

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ١١٧).

....

ولنا، أنه اشتراها عالماً بالتدليس، فلم يكن له خيار، ولأنه دخل على بصيرة، فلم يثبت له الرد، كما لو اشترى معيباً يعلم عيبه، وبقاء اللبن على حاله نادر بعيد، لا يعلق عليه حكم، انتهى.

وسيأتي كلام الحافظ في هذه المسألة في البحث الآتي، وقال الدردير: إن علمها المشتري مصراة فلا رد له، انتهى.

٧ ـ ومنها: ما قال الموفق(١): لو اشترى مُصَرَّاةً، فصار لبنُها عادةً، واستَمَّر على كثرته لم يكن له الردُّ، وقال أصحاب الشافعي: له الردُّ في أحد الوجهين للخبر، ولأن التدليس كان موجوداً حال العقد، فأثبت الرد، كما لو نقص اللبن، ولنا، أن الرد جعل لدفع الضرر بنقص اللبن، ولم يوجد، فامتنع الرد، ولأن العيب لم يوجد، ولم تختلف صفة المبيع عن حالة العقد، فلم يثبت التدليس، ولأن الخيار ثبت لدفع الضرر ولم يوجد ضرر، انتهى.

وقال الحافظ(٢): واختلف القائلون في أشياء، منها لو كان عالماً بالتصرية، هل يثبت له الخيار؟ فيه وجه للشافعية، ويرجح أنه لا يثبت رواية عكرمة عن أبي هريرة في هذا الحديث عند الطحاوي بلفظ: «من اشترى مصراة، ولم يعلم أنها مصراة»، الحديث. ولو صار اللبن عادة واستمر على كثرته، هل له الرُّد؟ فيه وجه لهم أيضاً، خلافاً للحنابلة في المسألتين، انتهى.

٨ ـ ومنها: ما قال الحافظ: لو اطلع على عيب بعد الرضا بالتصرية فردها، هل يلزمه الصاع؟ فيه خلاف، والأصح عند الشافعية وجوب الرد، ونقلوا نص الشافعي على أنه لا يرد، وعند المالكية قولان، انتهى.

---

(١) «المغني» (٦/ ٢١٧).

(٢) «فتح الباري» (٤/ ٣٦٧).

....

وقال الموفق:[١] إذا رضي بالتصرية فأمسكها، ثم وجد بها عيباً آخر ردها به؛ لأن رضاه بعيب لا يمنع الرد بعيب آخر، وإذا رد لزمه صاع من تمر عوض اللبن؛ لأنه قد جعل عوضاً له فيما إذا ردها بالتصرية، فيكون عوضاً له مطلقاً، انتهى.

وقال الدردير[٢]: إن رد مصراة بغير عيب التصرية فلا يرد معها صاعاً على الأحسن، قال الدسوقي: أي على ما استحسنه التونسي، وهو قول ابن القاسم، وروى أشهب يرد معها صاعاً؛ لأنه صدق عليه أنه رد مصراة، انتهى.

٩ ـ ومنها: ما قال الحافظ: لو تحفلت بنفسها أو صرها المالك لنفسه، ثم بدا له فباعها، فهل يثبت ذلك الحكم؟ فيه خلاف، فمن نظر إلى المعنى أثبته؛ لأن العيب مثبت للخيار، ولا يشترط فيه تدليس للبائع، ومن نظر إلى أن حكم التصرية خارج عن القياس خصه بمورده وهو حالة العمد، فإن النهي إنما تناولها فقط، انتهى.

١٠ ـ ومنها: هل يجوز التحفيل لغير البيع؟ وترجم البخاري في صحيحه «باب النهي للبائع أن لا يحفل»، قال الحافظ: لا زائدة، ولا يحفل بيان للنهي، وقيد النهي بالبائع إشارة إلى أن المالك لو حفل، فجمع اللبن للولد أو لعياله أو لضيفه لم يحرم، وهذا هو الراجح، انتهى.

وقال أيضاً في قوله ﷺ: «لا تصروا الإبل والغنم»، الحديث: ظاهره تحريم التصرية، سواء قصد التدليس أم لا، وفي الشروط من البخاري بلفظ: «نهى عن التصرية»، وبهذا جزم بعض الشافعية وعلله بما فيه من إيذاء الحيوان، لكن أخرج النسائي من طريق الأعرج بلفظ: «لا تصروا الإبل والغنم للبيع»،

---

(١) «المغني» (٦/ ٢٢٠).

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ١١٧).

....

وله من طريق أبي كثير عن أبي هريرة «إذا باع أحدكم الشاة أو اللقحة فلا يحفلها»، وهذا هو الراجح، وعليه يدل تعليل الأكثر بالتدليس، ويجاب عن التعليل بالإيذاء بأنه ضرر يسير لا يستمر، فيغتفر للمصلحة، انتهى.

١١ ـ ومنها: هل يعم الحكم كل محفلة أو يختص بنوع منها؛ وترجم البخاري في صحيحه، «باب النهي للبائع أن لا يُحفِّلَ الإبل والبقر والغنم وكل محفلة»، قال الحافظ[١]: ذكر البقر في الترجمة، وإن لم يذكر في الحديث إشارة إلى أنها في معنى الإبل والغنم في الحكم، خلافاً لداود، وإنما اقتصر عليهما لغلبتهما عندهم، وقوله: «كل محفلة» من عطف العام على الخاص إشارة إلى إلحاق غير النعم من مأكول اللحم بالنعم للجامع بينهما، وهو تغرير المشتري، وقال الحنابلة وبعض الشافعية: يختص ذلك بالنعم، واختلفوا في غير المأكول كالأتان والجارية، فالأصح لا يرد للبن عوضاً، وبه قال الحنابلة في الأتان دون الجارية، انتهى.

وقال الموفق[٢]: جمهور أهل العلم على أنه لا فرق في التصرية بين الشاة والناقة والبقرة، وشَذَّ داودُ، فقال: لا يثبت الخيار بتصرية البقرة؛ لأن الحديث «لا تصروا الإبل والغنم» دل على أن ما عداهما بخلافهما، ولأن الحكم ثبت فيهما بالنص، والقياس لا تثبت به الأحكام، ولنا، عموم قوله: «من اشترى مصراة فهو بالخيار»، الحديث. وفي حديث ابن عمر: من اشترى محفلة، ولم يفصل، والخبر فيه تنبيه على تصرية البقر؛ لأن لبنها أغزر وأكثر نفعاً.

وقولهم: إن الأحكام لا تثبت بالقياس ممنوع، ثم هو ههنا ثبت بالتنبيه،

(١) «فتح الباري» (٤/ ٣٦١).

(٢) «المغني» (٦/ ٢٢١).

....

وهو حجة عند الجميع، فإن اشترى مصراة من غير بهيمة الأنعام، كالأمة والأتان والفرس، ففيه وجهان، أحدهما: يثبت له الخيار، اختاره ابن عقيل، وهو ظاهر مذهب الشافعي، لعموم قوله: «من اشترى مصراة ومحفلة»، ولأنه تصرية بما يختلف الثمن به، فأثبت الخيار كتصرية بهيمة الأنعام، وذلك أن لبن الآدمية يراد للرضاع، ويرغب فيها ظئراً، ويحسن ثديها، والأتان والفرس يرادان لولدهما، والثاني: لا يثبت به الخيار؛ لأن لبنها لا يعتاض عنه في العادة، ولا يقصد قصد لبن بهيمة الأنعام، والخبر ورد في بهيمة الأنعام، ولا يصح القياس عليه؛ لأن قصد لبن بهيمة الأنعام أكثر، واللفظ العام أريد به الخاص، بدليل أنه أمر في ردها بصاع من تمر، ولا يجب في لبن غيرها، ولأنه ورد عاماً وخاصاً في قضية واحدة، فيحمل العام على الخاص، ويكون المراد بالعام في أحد الحديثين الخاص في الحديث الآخر، وعلى الوجه الأول إذا ردها لم يلزم بدل لبنها ولا يرد معها شيئاً؛ لأن هذا اللبن لا يباع عادة ولا يعاوض عنه، انتهى.

وقال الدردير[1]: وتصريةُ الحيوان ولو آدمياً كأمة لرضاع، كالشرط المصرح به، فله الرد بذلك؛ لأنه غررٌ فعليٌّ فَيَرُدُّه أي ما وقع فيه التغرير من الحيوان بصاع من غالب القوت، والصاع خاص بالأنعام، قال الدسوقي: قوله: تصرية الحيوان، أي ولو حمارة؛ لأن زيادة لبنها يزيد في ثمنها لتغذية ولدها، وقوله: خاص بالأنعام، أي لو رد أمة أو حمارة، فلا يَرُدُّ معها صاعاً، انتهى.

١٢ ـ ومنها: ما قال الموفق[2]: إذا اشترى مصراتين أو أكثر في عقد واحد فردهن رد مع كل مصراة صاعاً، وبهذا قال الشافعي وبعض أصحاب

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ١١٥).
(٢) «المغني» (٦/ ٢٢٢).

....

مالك، وقال بعضهم: في الجميع صاع واحد، لقوله ﷺ: «من اشترى غنم مصراة» الحديث. وفيه «ففي حلبتها صاع»، انتهى.

ووجه الاستدلال أن الغنم اسم جنس يتناول الواحد والجميع، ثم قال فيه: وفي حلبتها صاع، قال الحافظ:(١) ظاهره أن صاع التمر في مقابلة المصراة، سواء كانت واحدة أو أكثر، ونقله ابن عبد البر عمن استعمل الحديث، وابن بطال عن أكثر العلماء، وابن قدامة عن الشافعية والحنابلة، وعن أكثر المالكية: يرد عن كل واحدة صاعاً، حتى قال المازري: من المستشبع أن يغرم متلف لبن ألف شاة، كما يغرم متلف لبن شاة واحدة.

وأجيب بأن ذلك مغتفر بالنسبة إلى ما تقدم من أن الحكمة في اعتبار الصاع قطع النزاع، فجعل حداً يرجع إليه عند التخاصم، فاستوى القليل والكثير، ومن المعلوم أن لبن الشاة الواحدة أو الناقة الواحدة يختلف اختلافاً متبايناً، ومع ذلك فالمعتبر الصاع، سواء قل اللبن أم كثر، فكذلك هو معتبر، سواء قلت المصراة أو كثرت، انتهى.

وقال الموفق: ولنا، قوله ﷺ: «من اشترى مصراة ومحفلة»، وهذا يتناول الواحدة، ولأن ما جعل عوضاً عن الشيء صفقتين، وجب إذا كان في صفقة واحدة، وأما الحديث فإن الضمير فيه يعود إلى الواحدة، انتهى.

قال العيني(٢): واستغنت الحنفية عن مثل هذه التعسفات، ومذهبهم كما مَرَّ أن المصراة لا تُرَدُّ، ولكنه يرجع بنقصان العيب، على أن فيه روايتين عن أبي حنيفة، كما تقدم، انتهى.

---

(١) «فتح الباري» (٤/ ٣٦٨).

(٢) «عمدة القاري» (٨/ ٤٥٤).

قَالَ مَالِكٌ: وَتَفْسِيرُ قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فِيمَا نُرَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ: لَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ. أَنَّهُ إِنَّمَا نَهَىٰ أَنْ يَسُومَ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ. ....

وقال الدردير[١]: تعدد الصاع بتعدد المصراة المشتراة في عقد واحد على المختار والأرجح، وقال الأكثر: يكتفي بصاع واحد لجميعها؛ لأن غاية ما يفيده التعدد كثرة اللبن، وهو غير منظور إليه بدليل اتحاد الصاع في الشاة وغيرها، فإن كان بعقود تعدد اتفاقاً، انتهى.

١٣ ـ ومنها: ما ترجم البخاري في «صحيحه» «باب إن شاء ردّ المصراة وفي حلبتها صاع من تمر»، قال الحافظ[٢]: حلبتها بسكون اللام على أنه اسم الفعل، ويجوز الفتح على إرادة المحلوب، وظاهره أن التمر مقابل للحلبة، وزعم ابن حزم أن التمر في مقابلة الحلب لا في مقابلة اللبن؛ لأن الحلبة حقيقة في الحلب مجاز في اللبن، والحمل على الحقيقة أولى، فلذلك قال: يجب رد اللبن والتمر معاً، وشذَّ بذلك عن الجمهور، انتهى.

(قال مالك: وتفسير قول رسول الله ﷺ) الذي مضى في الحديث السابق وسيأتي بيانه **(فيما نرى)** أي نظن أو نعتقد **(والله أعلم)** بحقيقة مراد رسوله ﷺ **(لا يبع بعضكم على بيع بعض)** هذا بيان لقوله ﷺ، وفي «المحلى»: هو في محل الجر بدل من القول، ثم ذكر التفسير بقوله **(أنه إنما)** أراد بالبيع السوم، فالمراد **(نهى)** ﷺ **(أن يسوم الرجل على سوم أخيه)**.

وقد تقدم فيما مضى في أول الباب أنهم اختلفوا في المراد بالبيع على ثلاثة أقوال: أحدها: أنه في معناه المعروف، والثاني: الشراء، والثالث: السوم، وقد ورد بلفظ «لا يسوم أحدكم على سوم أخيه»، والنهي المذكور مقيد

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ١١٧).

(٢) «فتح الباري» (٤/ ٣٦٨).

إِذَا رَكَنَ الْبَائِعُ إِلَى السَّائِمِ. وَجَعَلَ يَشْتَرِطُ وَزْنَ الذَّهَبِ. وَيَتَبَرَّأُ مِنَ الْعُيُوبِ وَمَا أَشْبَهَ هٰذَا. مِمَّا يُعْرَفُ بِهِ أَنَّ الْبَائِعَ قَدْ أَرَادَ مُبَايَعَةَ السَّائِمِ فَهٰذَا الَّذِي نَهَىٰ عَنْهُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بشرط، وهو أنه **(إذا ركن)** أي مال **(البائع إلى السائم)** أي المشتري **(و)** يظهر ركونه بأنه **(جعل يشترط وزن الذهب)** أو الفضة مثلًا **(ويتبرأ من العيوب)** في العيوب، فهذا أيضاً أمارة الرضا بالبيع **(وما أشبه هذا)** الذي ذكر **(مما)** بيان لما أشبه **(يعرف به)** ببناء المجهول **(أن البائع قد أراد مبايعة السائم)** ورضي بهذا السوم الذي سام به المشتري **(فهذا الذي نهى عنه، والله أعلم)** بحقيقة مراد رسوله ﷺ.

قال صاحب «المحلى»: وهو قول أبي حنيفة والشافعي إنما يكره السوم على سوم أخيه عند التراضي بالثمن والركون، وتعقبه ابن حزم بأن لفظ الحديث عام، انتهى.

قال الباجي[١]: يعني أن المنع إنما يتعلق بحالة الاتفاق دون أشد المساومة ووقت الاختلاف، ولا خلاف فيه، ولو منع من السوم على السوم مطلقاً لفسدت بذلك حال كل بائع، فما كان أحد شاء أن يمنعه من بيع السلعة إلا ساومه بها وأعطاه عشر ثمنها، وكان فيه ضرر بين للبائع، انتهى مختصراً.

وقال الحافظ[٢]: محل النهي بعد استقرار الثمن وركون أحدهما إلى الآخر، فإن كان ذلك صريحاً فلا خلاف في التحريم، وإن كان ظاهراً ففيه وجهان للشافعية، ونقل ابن حزم اشتراط الركون عن مالك، وقال: إن لفظ الحديث لا يدل عليه، وتعقب بأنه لا بد من أمر مبين لموضع التحريم في السوم؛ لأن السوم في السلعة التي تباع فيمن يزيد لا يحرم اتفاقاً، كما نقله ابن

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٠١).

(٢) «فتح الباري» (٤/ ٣٥٣).

....

عبد البر، فتعين أن السوم المحرم ما وقع فيه قدر زائد على ذلك، وقد استثنى بعض الشافعية من تحريم السوم على الآخر ما إذا لم يكن المشتري[1] مغبوناً غبناً فاحشاً، وبه قال ابن حزم، واحتج بحديث «الدين النصيحة»، لكن لم تنحصر النصيحة في البيع والسوم، فله أن يعرفه أن قيمتها كذا، وأنك إن بعتها بكذا مغبون من غير أن يزيد فيها، فيجمع بذلك بين المصلحتين، انتهى.

وقال الموفق[2]: روي عن أبي هريرة أنه ﷺ قال: «لا يسم الرجل على سوم أخيه» ولا يخلو من أربعة أقسام:

أحدها: أن يوجد من البائع تصريح بالرضا، فهذا يحرم السوم على سوم غير ذلك المشتري، وهو الذي تناوله النهي.

الثاني: أن يظهر منه ما يدل على عدم الرضا، فلا يحرم السوم؛ لأنه ﷺ باع فيمن يزيد، وهذا أيضاً إجماع المسلمين يبيعون في أسواقهم بالمزايدة.

الثالث: لا يوجد منه ما يدل على الرضا ولا على عدمه، فلا يحرم له السوم ولا الزيادة، استدلالًا بحديث فاطمة بنت قيس حين ذكرت للنبي ﷺ: أن معاوية وأباجهم خطباها، فأمرها أن تنكح أسامة[3]، وقد نهى عن الخطبة على خطبة أخيه، فما أبيح في أحدهما أبيح في الآخر.

الرابع: أن يظهر منه ما يدل على الرضا من غير تصريح، فقال القاضي: لا تحرم المساومة، وذكر أن أحمد نصَّ عليه في الخطبة استدلالًا بحديث فاطمة، ولأن الأصل إباحة الخطبة والسوم، فحرم ما وجد فيه التصريح بالرضا، وما عداه يبقى على الأصل، ولو قيل بالتحريم هنا لكان وجهاً

(١) كذا في الأصل والظاهر البائع، انتهى. ش.

(٢) «المغني» (٦/ ٣٠٦).

(٣) أخرجه مسلم (١٤٨٠)، وأبو داود (٢٢٨٤)، والنسائي (٣٢٤٤ ـ ٣٢٤٥).

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا بَأْسَ بِالسَّوْمِ بِالسِّلْعَةِ. تُوقَفُ لِلْبَيْعِ. فَيَسُومُ بِهَا غَيْرُ وَاحِدٍ.

قَالَ: وَلَوْ تَرَكَ النَّاسُ السَّوْمَ عِنْدَ أَوَّلِ مَنْ يَسُومُ بِهَا. أُخِذَتْ بِشِبْهِ الْبَاطِلِ مِنَ الثَّمَنِ. وَدَخَلَ عَلَى الْبَاعَةِ، فِي سِلَعِهِمُ، الْمَكْرُوهُ. وَلَمْ يَزَلِ الْأَمْرُ عِنْدَنَا عَلَى هٰذَا.

حسناً، فإن النهي عامٌّ خرجت منه الصور المخصوصة بأدلتها، فتبقى هذه الصورة على مقتضى العموم، ولأنه وجد منه دليل الرضا أشبه ما لو صرح به، وليس في حديث فاطمة ما يدل على الرضا، لأنها جاءت مستشيرة للنبي ﷺ، وليس ذلك دليلًا على الرضا، فكيف ترضى؟ وقد نهاها النبي ﷺ بقوله: «لا تفوتينا بنفسك» والحكم في الفساد كالحكم في البيع على بيع أخيه في الموضع الذي حكمنا بالتحريم فيه، انتهى.

(قال مالك: ولا بأس بالسوم) على سوم أخيه **(بالسلعة)** التي **(توقف)** وتعرض **(للبيع فيسوم بها غير واحد)** من الناس، وهذا الذي يسمى بيع المزايدة **(قال: ولو ترك الناس السوم عند أول من يسوم بالسلعة)** مطلقاً **(أُخِذَت)** ببناء المجهول أي السلعة **(بشبه الباطل من الثمن)** أي بثمن بخسٍ لا يوازيه بشيء، فيكون كالباطل، مثلًا أراد رجل بيعَ فرس، فساوم به أحد بدرهم، فلو منع من السوم عليه مطلقاً لاضطر البائع أن يبيعه بدرهم حيثما لا يزيد عليه أحد **(ودخل)** حينئذ **(على الباعة)** جمع بائع **(في سلعهم، المكروهُ)** فاعل دخل، والمراد البخس من الثمن.

(ولم يزل الأمر عندنا) في المدينة المنورة **(على هذا)** أي على جواز بيع المزايدة، فإنه ﷺ باع قدحاً وحلساً ببيع من يزيدُ، رواه أصحاب السنن الأربعة عن أنس، كذا في «المحلى»، قال الموفق: رواه الترمذي، وقال: حديث حسن، وهذا إجماع المسلمين يبيعون في أسواقهم بالمزايدة، انتهى.

وترجم البخاري في «صحيحه» «باب بيع المزايدة»، وذكر فيه قال عطاء: أدركت الناس لا يرون بأساً ببيع المغانم فيمن يزيد.

....

قال الحافظ(١): كأن المصنف أشار بالترجمة إلى تضعيف ما أخرجه البزار من حديث سفيان بن وهب سمعت النبي ﷺ «ينهى عن بيع المزايدة»، فإن في إسناده ابن لهيعة، وهو ضعيف، وأخرج ابن خزيمة وابن الجارود والدارقطني من طريق زيد بن أسلم عن ابن عمر «نهى رسول الله ﷺ أن يبيع أحدكم على بيع أحد، حتى يذر إلا الغنائم والمواريث»، وقد أخذ بظاهره الأوزاعي وإسحاق، فَخصَّا الجواز ببيع المغانم والمواريث، وعن إبراهيم النخعي أنه كره بيع من يزيد.

وقال العيني(٢): أما البيع والشراء فيمن يزيد فلا بأس به، لحديث أنس عند الأربعة، وهو قول مالك والشافعي وجمهور أهل العلم، وكره بعض أهل العلم الزيادة على أخيه، وضعفه الأزدي بالأخضر بن عجلان في سنده، وحجة الجمهور على تقدير عدم الثبوت أنه لو ساوم وأعطى فيها ثمناً لم يرض به صاحب السلعة، ولم يركن إليه ليبيعه فإنه يجوز لغيره طلب شرائها قطعاً، ولا يقول أحد: إنه يحرم السوم بعد ذلك قطعاً كالخطبة على خطبة أخيه إذا رد الخاطب الأول؛ لأنه لا فرق بين الموضعين، وذكر الترمذي عن بعض أهل العلم جواز ذلك يعني بيع من يزيد في الغنائم والمواريث.

قال ابن العربي: الباب واحدٌ، والمعنى مشتركٌ لا يختص به غنيمة ولا ميراث، وروى الدارقطني(٣) من طريق ابن لهيعة عن حديث ابن عمر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع المزايدة، ولا يبع أحدكم على أخيه إلا الغنائم والمواريث»، ثم رواه من طريقين آخرين؛ أحدهما عن الواقدي مثله، والظاهر أن الحديث خرج على الغالب وعلى ما كانوا يعتادون فيه مزايدة وهي الغنائم والمواريث، اهـ.

---

(١) «فتح الباري» (٤/ ٣٥٤).

(٢) «عمدة القاري» (٨/ ٤٣٠).

(٣) «سنن الدارقطني» (٣/ ١١).

٩٧/١٣٩٣ ـ قَالَ مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَىٰ عَنِ النَّجْشِ.

أخرجه البخاريّ في: ٣٤ ـ كتاب البيوع، ٦٠ ـ باب النجش. ومسلم في: ٢١ ـ كتاب البيوع، ٤ ـ باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، حديث ١٣.

قَالَ مَالِكٌ: وَالنَّجْشُ أَنْ تُعْطِيَهُ ....

٩٧/١٣٩٣ ـ (مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن النجش) بفتح النون وسكون الجيم وفتحها وبالشين المعجمة، هو لغةً تنفير الصيد واستثارته من مكانه ليصاد، يقال: نجشت الصيد نجشاً، ومنه قيل للصائد: الناجش؛ لأنه يثير الصيد، قال العيني[1]: ينجش من باب نصر ينصر، وفي «الزاهر»: أصل النجش مدح الشيء وإطراؤه، وفي «الغريبين»: النجش تنفير الناس من الشيء إلى غيره، وفي «الجامع»: أصله الختل، ويقال: أصله الإثارة، انتهى.

وقال ابن قتيبة: النجش الختل والخديعة، ومنه قيل للصائد: الناجش؛ لأنه يختل الصيد، ويحتال له، وفي الشرع: الزيادة في ثمن السلعة ممن لا يريد شراءها ليقع غيره فيها، سُمِّيَ بذلك؛ لأن الناجش يثير الرغبة في السلعة ويقع ذلك بمواطأة البائع، فيشتركان في الإثم، ويقع ذلك بغير علم البائع، فيختص بذلك الناجش، وقد يختص به البائع كمن يخبر بأنه اشترى سلعة بأكثر مما اشتراها ليغر غيره بذلك، كما يظهر من كلام ابن أبي أوفى الصحابي عند البخاري كذا في «الفتح»[2].

(قال مالك) هكذا في النسخ المصرية وليس في النسخة الهندية لفظ قال مالك، والمراد تفسير النجش، فقال: **(النجش أن تعطيه)** أي تظهر للبائع أن

(١) «عمدة القاري» (٨/ ٤٢٨).
(٢) «فتح الباري» (٤/ ٣٥٥).

بِسِلْعَتِهِ أَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِهَا. وَلَيْسَ فِي نَفْسِكَ اشْتِرَاؤُهَا. فَيَقْتَدِيَ بِكَ غَيْرُكَ.

تريد إعطاءه (**بسلعته**) أي بعوضها (**أكثر من ثمنها وليس في نفسك اشتراؤها**) بل القصد الخداع (**فيقتدي بك غيرك**) فيعطي البائع هذا الثمن الذي تعطيه أو يزيد عليه أيضاً.

قال الزرقاني[1]: وقال الأكثر: هو أن يزيد في السلعة ليغتر به غيره، وهذا أعم من تفسير مالك لدخول إعطائه مثل ثمنها أو أقل وخروجه من تفسير مالك، انتهى.

قال الموفق[2]: فإن اشترى مع النجش، فالشراء صحيح في قول أكثر أهل العلم، منهم الشافعي وأصحاب الرأي، وعن أحمد، أن البيع باطل، اختاره أبو بكر، وهو قول مالك؛ لأن النهي يقتضي الفساد، ولنا، أن النهي عاد إلى الناجش لا إلى العاقد، فلم يؤثر في البيع، ولأن النهي لحق الأولى فلم يفسد العقد كتلقي الركبان، لكن إن كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله، فللمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء، كما في تلقي الركبان، وإن كان يتغابن بمثله فلا خيار له، وسواء كان النجش بمواطأةٍ من البائع أو لم يكن، وقال أصحاب الشافعي: إن لم يكن ذلك بمواطأة البائع وعلمه، فلا خيار له.

واختلفوا فيما إذا كان بمواطأة منه، فقال بعضهم: لا خيار للمشتري؛ لأن التفريط منه حيث اشترى ما لا يعرف قيمته، ولنا، أنه تغرير بالعاقد، فإذا كان مغبوناً ثبت له الخيار، كما في تلقي الركبان، ولو قال البائع: أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا، فصدقه المشتري واشتراها بذلك، ثم بان كاذباً فالبيع صحيح، وللمشتري الخيار أيضاً؛ لأنه في معنى النجش، انتهى.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٤١).

(٢) «المغني» (٦/ ٣٠٥).

....

وترجم البخاري في «صحيحه» «باب النجش ومن قال: لا يجوز ذلك البيع»، قال الحافظ[١]: كأنه يشير إلى ما أخرجه عبد الرزاق من طريق عمر بن عبد العزيز أن عاملًا له باع سبياً، فقال له: لولا أني كنت أزيد، فأنفقه لكان كاسداً، فقال له عمر: هذا النجش لا يحلُّ، فبعث منادياً ينادي أن البيع مردود وأن البيع لا يحل.

قال ابن بطال: أجمع العلماء على أن الناجش عاص بفعله، واختلفوا في البيع إذا وقع على ذلك، ونقل ابن المنذر عن طائفة من أهل الحديث فساد ذلك البيع، وهو قول أهل الظاهر، ورواية عن مالك، وهو المشهور عند الحنابلة إذا كان ذلك بمواطأة البائع وصنعه، والمشهور عند المالكية في مثل ذلك ثبوت الخيار، وهو وجه للشافعية، والأصح عندهم صحة البيع مع الإثم، وهو قول الحنفية، انتهى.

وحكى الحافظ عن لفظ الشافعي أن البيع جائز لا يفسده معصية رجل نجش عليه، وكذا قال العيني[٢]: إن الأصح عند الشافعية صحة البيع مع الإثم، وهو قول الحنفية، انتهى.

قال الزرقاني[٣] تبعاً للأبي: المذهب النهي عنه، وقال ابن العربي: والذي عندي إن بلغها الناجش قيمتها ورفع الغبن عن صاحبها جاز، وهو مأجور، واستبعده ابن عبد السلام بأنه إتلاف لمال المشتري، وقال ابن عرفة: كان بسوق الكتبيين من تونس رجلٌ مشهور بالصلاح عارف بقيمة الكتب يستفتح للدلّالين ما يبنون عليه في الدلالة، ولا غرض له في الشراء، وهذا الفعل جائز على تفسير مالك، وقول ابن العربي: لا على تفسير الأكثر.

---

(١) «فتح الباري» (٤/ ٣٥٥).

(٢) «عمدة القاري» (٨/ ٤٣٤).

(٣) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٤١).

(٤٦) باب جامع البيوع

١٣٩٤/٩٨ ـ **حدّثني** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ؛ أَنَّ رَجُلاً ....

فيتحصل في إعطاء من لا يريد الشراء ثلاثة أقوال: المنع مطلقاً على تفسير الأكثر، والجواز إن لم يزد على قيمتها، لظاهر تفسير مالك، واستحبابه لقول ابن العربي، وعلى المنع، فإن كان بأمر البائع أو بعلمه وسكت، أو كان الناجش من سبب البائع كعبده أو ولده أو شريكه، فالمشهور أن المبتاع يُخَيَّرُ في الرد والإمضاء، وعن مالك وابن الجهم يفسخ، وقال ابن العربي: الفسخ خروج عن طريق النظر، فإن لم يكن الناجش من سبب البائع لزم البيع، ولا شيء على البائع والإثم على الناجش، وعلى المشهور يُخَيَّرُ، فإن فاتت السلعة، فقال الباجي والمازري: يلزمه الأقل من ثمن النجش والقيمة، اهـ.

(٤٦) جامع البيوع

أي الأحكام المتفرقة في باب البيع، انتهى.

١٣٩٤/٩٨ ـ **(مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر)** ـ رضي الله عنهما ـ **(أن رجلاً)** هو حبان بفتح المهملة والموحدة الثقيلة ابن منقذ بقاف مكسورة وذال معجمة، كما رواه ابن الجارود والحاكم وغيرهما، وصدر به عياض، وجزم به النووي في «شرح مسلم»، وقيل: وهو أبو منقذ بن عمرو، كما في «ابن ماجه» و«تاريخ البخاري»، قال ابن عبد البر: وهو أصح، وتبعه النووي في «مبهماته» قاله الزرقاني[1].

وفي قوله: قيل: هو أبو منقذ تحريف من الناسخ، والصواب، وقيل: هو أبوه منقذ، فإن الاختلاف في أن القصة لِحبّان أو لأبيه، ولم يترجم الحافظ في

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٤١).

ذَكَرَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ يُخْدَعُ فِي الْبُيُوعِ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ» ....

«الإصابة» ترجمة لأبي منقذ، وقال في ترجمة حبان بعدما ذكر اختلاف الروايات في ذلك: والحاصل أنه اختلف في القصة هل وقعت لحبان بن منقذ أو لأبيه منقذ بن عمرو؟ واقتصر في «الفتح» على الروايات الواردة بتسمية حبان.

(ذكر لرسول الله ﷺ أنه يخدع) ببناء المجهول **(في البيوع)** وفي رواية: فشكا إلى النبي ﷺ ما يلقى من الغبن، قال عياض: وفي الحديث أنه الذي ذكر للنبي ﷺ ذلك؛ لأنه لم يفقد التمييز والنظر لنفسه بالكلية، فلعل ذلك كان يعتريه أحياناً، ويتبين ذلك إذا انتبه، اهـ.

وعند الشافعي وأحمد وابن خزيمة والدارقطني أن حبان بن منقذ كان ضريراً، وكان قد شُجَّ في رأسه مأمومة، وقد ثقل لسانه، وعند الدارقطني وابن عبد البر عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان، أن جده منقذ بن عمرو كان قد أتى عليه سبعون ومائة سنة، فكان إذا بايع غبن فذكر ذلك للنبي ﷺ، الحديث.

وأخرج ابن عبد البر عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أن منقذاً سفع في رأسه مأمومة في الجاهلية، فخبلت لسانه، فكان يخدع في البيع.

(فقال له رسول الله ﷺ: إذا بايعت) بصيغة الخطاب **(فقل: لا خلابة)** بكسر الخاء المعجمة وخفة اللام والموحدة، أي لا خديعة في الإسلام، فلا لنفي الجنس، وخبره محذوف، قال الحافظ(١): زاد ابن إسحاق في روايته، «ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فاردد»، فبقي حتى أدرك زمن عثمان، وهو ابن مائة وثلاثين سنة، فكثر

---

(١) «فتح الباري» (٤/ ٣٣٧).

قَالَ: فَكَانَ الرَّجُلُ إِذَا بَايَعَ يَقُولُ: لَا خِلَابَةَ.

أخرجه البخاريّ في: ٣٤ ـ كتاب البيوع، ٤٨ ـ باب ما يكره من الخداع في البيع. ومسلم في: ٢١ ـ كتاب البيوع، ١٢ ـ باب من يخدع في البيع، حديث ٤٨.

الناس في زمان عثمان، وكان إذا اشترى شيئاً، فقيل له: إنك قد غبنت فيه رجع به، فيشهد له الرجل من الصحابة بأن النبي ﷺ قد جعله بالخيار ثلاثاً، فيرد له دراهمه.

قال العلماء: لقَّنه النبي ﷺ هذا القول ليتلفظ به عند البيع، فَيُطْلِعُ به صاحبه على أنه ليس من ذوي البصائر في معرفة السلع، ومقادير القيمة، فيرى له كما يرى لنفسه، لما تقرر من حض المتبايعين على أداء النصيحة، قال التوربشتي: وكان الناس في ذلك الزمان إخواناً لا يغبنون أخاهم المسلم، وينظرون له أكثر ما ينظرون لأنفسهم، وقال في «الإكمال»[1]: جعل له عهدة الثلاث؛ لأن أكثر مبايعته كانت في الرقيق ليتبصَّرَ، ويثبت عيبه، وروي؛ أنه جعل له مع ذلك خيار ثلاثة أيام فيما اشتراه، انتهى.

(فكان الرجل إذا بايع يقول: لا خلابة) أي معناه الذي يقدر عليه من النطق، ففي رواية لمسلم يقول: «لا خيابة»، قال عياض: بالتحتية؛ لأنه كان ألثغ، يخرج اللام من غير مخرجها، ولبعضهم لا خنابة بالنون، وهو تصحيف، وفي بعض روايات مسلم «لا خذابة»، بذال معجمة.

وفي الحديث أبحاث[2].

الأول: ما قال الحافظ[3]: استدل بالحديث على أن من قال عند العقد: لا خلابة أنه يصير به في تلك الصفقة بالخيار، سواء وجد فيه عيباً أو غبناً أم

---

(١) «إكمال إكمال المعلم» (٤/ ١٩٨).

(٢) انظر: «عمدة القاري» (٨/ ٣٩٣).

(٣) «فتح الباري» (٤/ ٣٣٨).

....

لا، وبالغ ابن حزم في جموده، فقال: لو قال: لا خديعة، ولا غش، أو ما أشبه ذلك، لم يكن له الخيار حتى يقول: لا خلابة، ومن أسهل ما يرد به عليه أنه ثبت في «صحيح مسلم» أنه كان يقول: «لا خيابة» بالتحتانية بدل اللام وبالذال المعجمة بدل اللام أيضاً، وكأنه كان لا يفصح باللام للثغة لسانه، ومع ذلك لم يتغير الحكم في حقه عند أحد من الصحابة الذين كانوا يشهدون له بأن النبي ﷺ جعله بالخيار. فدل على أنهم اكتفوا في ذلك بالمعنى، انتهى.

وتعقب العيني[١] كلام الحافظ، فقال: كيف يكون هذا أسهل ما يُرَدُّ به عليه، وهو قائل به، فإن ابن حزم استدل بالحديث على أنه يتعين في اللفظ الموجب للخيار ذكر الخلابة دون غيره من الألفاظ، إلا أن يكون في لسانه خلل يعجز عن اللفظ بها، فيكفي أن يأتي بما يقدر عليه من هذا اللفظ، كما كان يفعل هذا الرجل المذكور من قوله: لا خيابة أو لا خذابة على اختلاف الروايتين، وكذلك إن لم يكن يحسن العربية، فقال: معناها باللسان الذي يحسنه، فإنه يثبت له الخيار، انتهى.

قال الموفق[٢]: إن قال أحد المتعاقدين عند العقد: لا خلابة، فقال أحمد: أرى ذلك جائزاً، وله الخيار إن كان خلبه، وإن لم يكن خلبه فليس له خيار، وذلك؛ لأن رجلًا ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع، فذكر حديث الباب، وقال: متفق عليه، ثم قال: ويحتمل أن لا يكون له الخيار، ويكون الخبر خاصاً لحبان؛ لأنه روي أنه عاش إلى زمن عثمان، فكان يبايع الناس، ثم يخاصمهم، فيمر بهم بعض الصحابة، فيقول لمن يخاصمه: ويحك، إن النبي ﷺ جعل له الخيار ثلاثاً.

(١) «عمدة القاري» (٨/ ٣٩٥).
(٢) «المغني» (٦/ ٤٥).

....

وهذا يدل على اختصاصه بهذا؛ لأنه لو كان للناس عامة لقال لمن يخاصمه: إن النبي ﷺ جعل الخيار لمن قال: لا خلابة، وقال بعض أصحاب الشافعي: إن كانا عالمين أن ذلك عبارة عن ثلاث ثبت، وإن علم أحدهما دون الآخر فعلى وجهين، لما روي من قصة حبان بن منقذ، وما ثبت في حق واحد من الصحابة يثبت في حق سائر الناس مالم يقم على تخصيصه دليل.

ولنا، أن هذا اللفظ لا يقتضي الخيار مطلقاً، ولا يقتضي تقييده بثلاث. والأصل اعتبار اللفظ فيما يقتضيه الخبر على الوجه الذي احتجّوا به، إنّما رواه ابن ماجه مرسلًا، وهم لا يرون المرسل حجة، ثم لم يقولوا بالحديث على وجهه، إنما قالوا به في حق من يعلم أن مقتضاه ثبوت الخيار ثلاثاً، ولا يعلم ذلك أحد؛ لأن اللفظ لا يقتضيه على أنّه إنما كان خاصاً لحبان بدليل ما رويناه، اهـ.

وقال ابن عبد البر[1]: قال بعضهم: هذا خاص بهذا الرجل وحده، جعل له الخيار ثلاثة أيام، اشترطه أو لم يشترطه، لما كان فيه من الحرص على المبايعة مع ضعف عقله ولسانه، وقيل: إنما جعل له أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثاً مع قوله: لا خلابة، فيكون عاماً كسائر مشترطي الخيار، اهـ.

وحمل الحديث على الخصوصية ابن العربي وغيره كما سيأتي قريباً، وبه جزم محمد في موطئه[2]، إذ قال بعد الحديث المذكور: قال محمد: نرى أن هذا كان لذلك الرجل خاصة، انتهى.

والبحث الثاني: ما قال الحافظ[3]: استدل بهذا الحديث لأحمد، وأحد

---

(١) انظر: «الاستذكار» (٢١/ ٩٩).

(٢) «موطأ محمد مع التعليق الممجد» (٢/ ٢٤٨).

(٣) «فتح الباري» (٤/ ٣٣٧).

....

قولي مالك أنهُ يُرَدُّ بالغبن الفاحش لمن لم يعرف قيمة السلعة، وتُعُقِّب بأنه ﷺ إنما جعل له الخيار لضعف عقله، ولو كان الغبن يملك به الفسخ لما احتاج إلى شرط الخيار، انتهى.

وقال الموفق[١]: يثبت الخيار في البيع للغبن في مواضع، أحدها: تلقي الركبان، الثاني: بيع النجش، ويذكران في مواضعهما. والثالث: المسترسل إذا غبن غبناً يخرج عن العادة، فله الخيار بين الفسخ والإمضاء، وبهذا قال مالك، وقال ابن أبي موسى: قد قيل: لزمه البيع، وليس له فسخه، وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي؛ لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد، كبيع غير المسترسل والغبن اليسير.

ولنا، أنه غبن حصل لجهله بالمبيع، فأثبت الخيار، كالغبن في تلقي الركبان، وأما غير المسترسل فإنّه دخل على بصيرةٍ بالغَبْنِ، فهو كالعالم بالعيب، وكذا لو استعجل، فجهل ما لو تَثَبَّت لَعَلِمَه، لم يكن له خيارٌ؛ لأنه انبنى على تفريطه، والمسترسِلُ هو الجاهل بقيمة السلعةِ، ولا يُحْسِنُ المبايعةَ، قال أحمد: المسترسل الذي لا يحسن أن يُمَاكِسَ، ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد، وحَدَّه أبو بكر وابن أبي موسى بالثلث، وهو قول مالك بدليل قول النبي ﷺ: «والثلث كثير»، وقيل: بالسدس، وقيل: ما لا يتغابن الناس به في العادة؛ لأن ما لا يَرِدُ الشرعُ بتحديده يرجع فيه إلى العرف، انتهى.

وقال العيني[٢]: مذهب الحنفية والشافعية أن الغبن غير لازم، فلا خيار للمغبون سواء قَلَّ أو كَثر، وهو الأصحُّ من روايتي مالك.

---

(١) «المغني» (٦/ ٣٦).

(٢) «عمدة القاري» (٨/ ٣٩٤).

....

وقال البغداديون من أصحابه: للمغبون الخيار بشرط أن يبلغ الغبن ثلث القيمة، وإن كان دونه فلا، وهكذا حَدَّه أبو بكر وابن أبي موسى من الحنابلة، وقيل: السدس، وعن داود العقد باطل، وعن مالك: إن كانا عارفين بتلك السلعة وسعرها وقت البيع لم يفسخ العقد، كثيراً كان الغبن أو قليلاً، وإن كان أحدهما غير عارفٍ بذلك فسخ البيع، إلا أن يريد أن يمضيه، ولم يَحُدَّ مالك حداً، وأثبت هؤلاء خيار الغبن بالحديث المذكور.

وأجاب الجمهور عن الحديث بأنها واقعة عين وحكاية حال. قال ابن العربي: ينبغي أن يقال: إنه كله مخصوص بصاحبه، لا يتعدىٰ إلى غيره، فإنه كان يخدع في البيع، فيحتمل أن الخديعة كانت في العيب أو في العين أو في الكذب أو في الغبن في الثمن، وليست قضية عامة، فتحمل على العموم، وقال الجهور أيضاً: لو كان الغبن مثبتاً للخيار لما احتاج إلى اشتراطه، كما رواه البيهقي والدارقطني في بعض طرق الحديث أنه اشترط الخيار ثلاثاً، اهـ.

وقال الباجي(١): إن هذا الرجل يقال: إنه منقذ بن عمرو الأنصاري، وقيل: إن حبان بن منقذ هو الذي كان يخدع في البيع.

وقد قال بعض الناس: إن هذا الحديث خاص بهذا الرجل، وقد روى أبو محمد في «أشرافه»: إذا تبايع الناس بما لا يتغابن الناس بمثله في العادة، وكان أحدهما ممن لا يخبر بسعر ذلك المبيع، فاختلف أصحابنا فمنهم من يقول: لا خيار له، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، ومنهم من يقول: له الخيار، إذا زاد على الثلث، أو خرج عن العادة و المتعارف فيه، والدليل عليه نهيه ﷺ عن إضاعة المال، ونهيه ﷺ عن تلقي السلع.

ومن جهة المعنى أن هذا نوعٌ من الغبن في الأثمان، فكان مؤثراً في

---

(١) «المنتقى» (٥/١٠٨).

....

الخيار، كالعيب، فعلى هذا يكون حكم الحديث المذكور عاماً في كل أحدٍ على مثل حاله، وإنما كان قول حبان: «لاخلابة» على وجه الإعلام منه بأنه لا يخبر الأثمان، وعلى وجه الإعلام للناس بهذا الحكم، وأنه لا تنفذ خلابة الخالب على مغبون مستسلم، وقال ابن حبيب في «واضحته»: لو أن أحد المتبايعين من جهلة البيع باع أو اشترى ما يساوي مائة درهم لزمها، ووجه ذلك ما روي عنه ﷺ «أنه نهى أن يبيع حاضر لباد».

قال القاضي: ويحتمل عندي ابتياعه على المرابحة، فيكون قول: لا خلابة، لمن يزيد عليه في الشراء. وهذا حكم عام أن من اشترى مرابحةً. فزيد عليه في الثمن أنه بالخيار، ويحتمل أن يكون ابتياعه بالخيار، وأنه كان يشترطه ويقول مع ذلك: لا خلابة بمعنى اشتراط الخيار يتحرز من استخداعه، وقد روى ابن إسحاق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال له: «بع»، وقل: «لا خلابة وأنت بالخيار ثلاثة»، ولا يحتج برواية ابن إسحاق.

ويحتمل أن يكون النبي ﷺ حكم له بهذا، وحجر عليه أن يبيع بغير الخيار وأعلم الناس بذلك، وأمره أن يذكر حكمه بقوله: «لا خلابة»، ويحتمل أن يكون النبي ﷺ يأمره أن يقول: «لا خلابة» على وجه الإعذار إلى من يبايعه ليتوقى خديعته أهل الصلاح والدين، لا ليكون له الخيار إن خدع، ولكن لئلا يقدم على خديعته من يأثم به، وكان قليلًا في ذلك الزمن.

ويحتمل أن يريد به لا خلابة في صفة النقد، وفي وفاء الوزن والكيل واستيفائهما، فمن غبنه في شيء من ذلك كان له الرجوع عليه، وهذه حالة جميع الناس، والخلابة، الخداع، وليس من الخداع أن يبيع البائع بالغلاء، أو يشتري المشتري برخص، وإنما الخلابة أن يكتمه عيباً فيها ويقول: إنّها تساوي أكثر من قيمتها وأنه قد أعطي فيها أكثر مما أعطي بها، اهـ.

....

قال الحافظ[١]: قال ابن العربي: يحتمل أن الخديعة في قصة هذا الرجل كانت في العيب أو في الكذب أو في الثمن أو في الغبن، فلا يحتجُّ بها في مسألة الغبن بخصوصها، وليست قصة عامة، وإنما هي خاصة في واقعة عين، فيحتج بها في حق من كان بصفة الرجل، والاحتمالات التي ذكرها قد تعينت بالرواية التي صرح بها بأنه كان يغبن في البيوع، انتهى.

وقال الأبي[٢]: غبن المسترسل، وهو المستسلم لبيعه ممنوع، فله القيام إذا وقع، ولا يلزم الغبن، والمسترسل هو الذي لا بصيرة له في البيع، وإن لم يسترسل، بل ماكس، فإن كان بصيراً بالقيمة عارفاً بها فلا قيام له؛ لأنه كالواهب لماغبن فيه، وإن كان غير بصير بالقيمة، فهذا موضع الخلاف، فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة: لا قيام له بالغبن، وقال البغداديون من المالكية: له القيام بالغبن غير المعتاد، وحدوه بالثلث، وأما ما دونه فلا قيام له به؛ لأنه من الغبن اليسير الذي انتصب له التجار، فهو كالمدخول عليه، وتجاذب الفريقان آية ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾[٣] الآية.

قال العراقيون: الغبن من أكل أموال الناس بالباطل، وقال الآخرون: قد استثني منه التجارة عن تراضٍ، وهذا عن تراضٍ، وكذلك أيضاً تجاذبوا فهم الحديث، فقال البغداديون: جعل فيه الخيار للمغبون، وقال الآخرون: هو خاص بهذا الرجل، وقد اختلف الأصوليون في القضايا العينية هل تعم أم لا؟ قال الأبي: لم يجعل له الخيار في الحديث إلا بشرط، فالحديث حجة لعدم القيام بالغبن، إذ لو كان القيام به ثابتاً لم يأمره بالشرط، بأن يقول: «لا خلابة».

---

(١) «فتح الباري» (٤/ ٣٣٧).

(٢) «إكمال إكمال المعلم» (٤/ ١٩٨).

(٣) سورة البقرة: الآية ١٨٨.

....

ونظر لو قيلت هذه الكلمة اليوم في العقد ثم ظهر الغبن، فقال ابن حنبل: توجب القيام بالغبن لقائلها، إذ كأنه شرط أن لا يزيد الثمن عن ثمن المثل، ولا أن تنقص السلعة عنه، فصار بمنزلة من شرط وصفاً في المبيع فبان خلافه، وقال الأكثر: لا يوجب قولها قياماً بالغبن، ثم اختلفوا، فقال بعضهم: كان خاصاً بهذا الرجل، كما تقدم، وقال غيره: إنما أمره أن يشترط الخيار، ويصدر الشرط بهذه الكلمة حضاً من العامل على النصيحة، والتحرز عن الخلابة، فإنه روي «قُلْ: لا خلابة» واشترط القيام ثلاثة أيام، اهـ.

والبحث الثالث: ما قال الحافظ[١]: استدل بالحديث على أن الكبير لا يحجر عليه ولو تبين سفهه، لما في بعض طرق حديث أنس في هذه القصة، أن أهله أتوا النبي ﷺ، فقالوا: يا رسول الله أحجر عليه، فدعاه، فنهاه عن البيع، فقال: لا أصبر عنه، فقال: «إذا بايعت فقل: لا خلابة»، وتعقب بأنه لو كان الحجر على الكبير لا يصحُّ لأنكر عليهم، وأما كونه لم يحجر عليه، فلا يدل على منع الحجر على السفيه، انتهى.

وأخرج ابن ماجه هذا الحديث، وترجم عليه، «باب الحجر على من يفسد ماله» وأخرجه أيضاً الترمذي[٢]، ثم قال: والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم، وقالوا: الحجر على الرجل الحر في البيع والشراء، إذا كان ضعيف العقل، وهو قول أحمد وإسحاق، ولم ير بعضُهم أن يحجر على الحر البالغ، انتهى.

قال العيني[٣]: استدل بالحديث الشافعي وأحمد وإسحاق على حجر

---

(١) «فتح الباري» (٤/ ٣٣٨).

(٢) «سنن الترمذي» (٣/ ٥٥٢).

(٣) «عمدة القاري» (٨/ ٣٩٤).

....

السفيه الذي لا يحسن التصرف، ووجه ذلك أنه لما طلب أهله النبي ﷺ الحجر عليه، دعاه، فنهاه عن البيع، وهذا هو الحجر، وهو المنع، قلنا: هذا نهي خاص به لضعف عقله، ولا يسري هذا في الحجر على الحر العاقل البالغ؛ لأن في حقه إهدار الآدمية.

واستدل أبو حنيفة بالحديث المذكور على أن ضعيف العقل لا يحجر عليه، لأنه لما قال له: إنه لا يصبر عن البيع، أذن له فيه بالصفة التي ذكرها، فهذا دالٌّ على عدم الحجر.

ومذاهب العلماء في الحجر كما في «المغني»[١]: أن الحجر في اللغة: المنع، وفي الشرع: منع الإنسان من التصرف في ماله، وهو على ضربين: حجر عليه لحق نفسه، وحجر لحق غيره، كالحجر على المفلس لحق الغرماء، وعلى المريض في التبرع بالزيادة على الثلث لحق الورثة، وعلى المكاتب والعبد لحق السيد، وعلى الراهن في الرهن لحق المرتهن، ولهؤلاء أبواب يذكرون فيها.

أما الأول: وهو المحجور عليه لحق نفسه، فثلاثةٌ، الصبيّ، والمجنونُ، والسفيه، والحجر عليه عام؛ لأنهم يمنعون التصرف في أموالهم وذممهم، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ الآية[٢] ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ الآية[٣] ومن أُونِسَ منه رشده دفع إليه ماله، إذا كان قد بلغ، وهذا إجماع ليس فيه اختلاف، قال ابن المنذر: اتفقوا على ذلك وقد أمر الله به في نص كتابه، ولا يعتبر في زوال الحجر عن

---

(١) «المغني» (٦/ ٥٩٣).

(٢) سورة النساء: الآية ٥.

(٣) سورة النساء: الآية ٦.

....

المجنون إذا عقل حكم حاكم بغير خلاف، ولا يعتبر ذلك في الصبي إذا رشد، وبهذا قال الشافعي، وقال مالك: لا يزول إلا بحاكم، كالسفيه، فصار الحجر على ثلاثة أقسام: قسم يزول بغير حكم الحاكم، وهو حجر المجنون، وقسم لا يزول إلا بحاكم، وهو حجر السفيه، وقسم فيه الخلاف، وهو حجر الصبي.

ثم لا يُدْفع إليه المالُ قبل وجود الأمرين: البلوغ، والرشد، ولو صار شيخاً، وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال ابن المنذر: أكثر العلماء يرون الحجر على كل مُضَيِّع لماله، صغيراً كان أو كبيراً، وهو قول القاسم ومالك والشافعي وأحمد وأبي يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا يدفع إليه ماله قبل خمس وعشرين سنة، وإن تصرف نفذ تصرفه، فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة فك عنه الحجر، ودفع إليه ماله، لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾[1] وهذا قد بلغ أشده، ويصلح أن يكون جداً.

ولنا، قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ﴾ الآية، عَلَّق الدفع على شرطين، وإذا ثبت هذا، فإنه لا يصح تصرفه، ولا إقراره، وقال أبو حنيفة: يصح بيعُه وإقرارُه، وإنما لا يسلم إليه ماله؛ لأن البالغ عنده لا يحجر عليه، وإنما منع تسليم ماله إليه للآية.

ولنا، أنه لا يدفع إليه ماله لعدم رشده فلا يصح تصرفه وإقراره كالصبي والمجنون؛ لأنه إذا نفذ تصرفه تلف ماله، ولم يفد منعه من ماله شيئاً، والرشد الصلاح في المال في قول أكثر أهل العلم، منهم مالك وأبو حنيفة وأحمد، وقال الحسن والشافعي وابن المنذر: الرشد صلاحه في دينه وماله؛ لأن الفاسق غير رشيد.

وإنما يعرف الرشد بالاختبار لقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ﴾، فالمحجور

---

(١) سورة الأنعام: الآية ١٥٢.

٩٩/١٣٩٥ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ عَنْ يَحْيَىٰ بْنِ سَعِيدٍ؛ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ: إِذَا جِئْتَ أَرْضاً يُوفُونَ الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ، فَأَطِلِ الْمُقَامَ بِهَا. ....

عليه إذا فكّ عنه الحجر، لرشده، وبلوغه، ودفع إليه ماله، ثم عاد إلى السفه أعيد عليه الحجر، وبهذا قال القاسم بن محمد ومالك والشافعي وأحمد والأوزاعي وإسحاق وأبو عبيدة وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا يبتدأ الحجر على بالغ عاقل، وتصرفه نافذ، وروي ذلك عن ابن سيرين والنخعي؛ لأنه حرٌّ مُكَلَّفٌ، فلا يحجر عليه، ولنا إجماع الصحابة، اهـ.

وفي «الهداية»[1]: قال أبو حنيفة: لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه، وتصرفه في ماله جائز، وإن كان مبذراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه، ولا مصلحة، وقال أبو يوسف ومحمد، وهو قول الشافعي: يحجر على السفيه، ويمنع من التصرف في ماله، ولأبي حنيفة أنه مخاطب عاقل، فلا يحجر عليه، اعتباراً بالرشيد، وهذا، لأن في سلب ولايته إهدار آدميته، وإلحاقه بالبهائم، وهو أشدُّ ضرراً من التبذير، فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى.

ثم عند أبي حنيفة إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه، فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة يُسَلَّمُ إليه مالهُ، وإن لم يؤنس منه الرشد، وقالا: لا يدفع إليه مالهُ أبداً حتى يُؤْنس رشدُه، ولا يجوز تصرفهُ فيه، انتهى.

٩٩/١٣٩٥ ـ **(مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب)** التابعي الشهير **(يقول: إذا جئت)** بصيغة الخطاب **(أرضاً)** موصوف صفته **(يوفون)** أي سُكَّانُها **(المكيال والميزان)** أي المقادير **(فأطل)** بصيغة الأمر من الإطالة **(المقام)** بضم الميم أي الإقامة **(بها)**.

---

(١) (٢/٢٧٨).

وَإِذَا جِئْتَ أَرْضاً يُنَقِّصُونَ الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ، فَأَقْلِلِ الْمُقَامَ بِهَا.

قال الباجي[١]: يحتمل وجهين: أحدهما: أن يبارك لهم فيما يكيلونه ويزنونه، فمن أطال المقام بها ناله من بركة عملهم وبورك له إذا عمل بعملهم كما يبارك لهم، والوجه الثاني: أن يكون الخير والعدل شائعاً عندهم؛ لأن الكيل والوزن إذا كان جارياً على ما أمر الله به من توفية الحق وظهوره حتى يعم جميعهم، فإن الغالب أن سائر أحوالهم جارية على حسب ذلك، انتهى.

(**وإذا جئت أرضاً ينقصون المكيال والميزان فأقلل**) بفك الإدغام في النسخ المصرية، وبالإدغام في الهندية (**المقام بها**). قال الباجي: يحتمل أيضاً وجهين: أحدهما: أن هذه عقوبة قد عاقب الله من أجلها أمماً، وأهلكهم بسببها، فَحذَّر المقامَ ببلد يكون هذا فيهم، ويشيع في أسواقهم، وحَذَّرَ أن يصيبهم بعذاب من عنده، فيناله معهم، والوجه الثاني: أن النقص في ذلك يذهب بركة البيع، فلا حظ له في المقام فيه، وقد قال تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ١﴾ الآية، وقال تعالى ما قال رسوله شعيب لقومه، فقال: ﴿وَيَٰقَوْمِ أَوْفُوا۟ ٱلْمِكْيَالَ وَٱلْمِيزَانَ بِٱلْقِسْطِ﴾[٢] الآية.

وعلى كل وجه فإن ظهور المنكر وعمومه مما يحذر تعجيل عقوبته، وقد قالت أم سلمة: يا رسول الله أنهلك وفينا الصالحون؟ قال: «نعم إذا كثر الخبث»، فهذا مع الصالحين فكيف مع قلتهم أو مع عدمهم، نسأل الله تعالى أن يتجاوز عنا بفضله ويتغمد زللنا برحمته، انتهى.

وفي «الاستذكار»[٣]: هذا يقتضي أنه لا ينبغي المقام بأرض يظهر فيها المنكر ظهوراً لا يُطاق تغييره، وأن المقام بموضع يظهر فيه الحق، والأمر

---

(١) «المنتقى» (٥/١٠٩).

(٢) سورة هود: الآية ٨٥.

(٣) (٢١/١٠٣).

١٣٩٦/ ١٠٠ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ عَنْ يَحْيَىٰ بْنِ سَعِيدٍ؛ أَنَّهُ سَمِعَ مُحَمَّدَ بْنَ الْمُنْكَدِرِ يَقُولُ: أَحَبَّ اللَّهُ ....

بالمعروف، والنهي عن المنكر في الأغلب إذا وجد مرغوب فيه، وأما بخسُ المكيال والميزان فحرام، قال تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ۝١﴾ الآية[1] قال قتادة في هذه الآية: ابن آدم أوفِ كما تُحِبُّ أن يُوفَّى لك، واعدِلْ كما تُحِبُّ أن يعدل عليك، وقال الفضيل بن عياض: بخس المكيال سواد الوجه غداً في القيامة، قاله الزرقاني[2].

وفي «الدر»[3]: أخرج ابن مردويه عن ابن عباس ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ﷺ: «ما نقض قوم العهد إلا سلَّط اللَّهُ عليهم عدوهم، ولا طفَّفوا الكيل إلا منعوا النبات وأُخِذُوا بالسنين»، وعلى هذا فمنع سعيد من المقام بها خوفاً من الابتلاء بالجدب والقحط وغير ذلك من البلايا، ففي «الدر»: أخرج ابن مردويه عن ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ﷺ: «ما نقص قوم المكيال والميزان إلا سلَّط الله عليهم الجوع».

١٣٩٦/ ١٠٠ ـ **(مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع محمد بن المنكدر)** بن عبد الله التيمي **(يقول)** أخرجه البخاري موصولًا مرفوعاً برواية أبي غسان عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: «رحم الله رجلًا سمحا إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى» **(أحب الله)** بفتح الهمزة والموحدة الثقيلة، دعاء أو خبر، ولفظ البخاري وابن ماجه: رحم الله، لكن رواه البيهقي من وجه آخر عن أبي هريرة بلفظ: أحب الله، قاله الزرقاني[4].

---

(١) سورة المطففين: الآية ٣.

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٤٣).

(٣) «الدر المنثور» (٨/ ٤٠٥).

(٤) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٤٣).

عَبْداً. سَمْحاً إِنْ بَاعَ. سَمْحاً إِنِ ابْتَاعَ. سَمْحاً إِنْ قَضَى. سَمْحاً إِنِ اقْتَضَى.

أخرجه البخاري من طريق أبي غسان محمد بن مطرّف، عن محمد بن المنكدر، عن جابر بن عبد الله مرفوعاً. في: ٣٤ ـ كتاب البيوع، ١٦ ـ باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع.

وقال الحافظ[١] في رواية البخاري: يحتمل الدعاء، ويحتمل الخبر، وبالأول جزم ابن حبيب المالكي وابن بطال، ورجحه الداودي، ويؤيد الثاني ما رواه الترمذي بطريق آخر عن ابن المنكدر في هذا الحديث: «غفر الله لرجل قبلكم كان سهلاً إذا باع» الحديث[٢]، وهذا يشعر بأنه قصد رجلاً بعينه في حديث الباب، قال الكرماني: ظاهره الإخبار، لكن قرينة الاستقبال المستفاد من «إذا» نجعله دعاء وتقديره رحم الله رجلاً يكون كذلك.

(عبداً) أي إنساناً **(سمحاً)** بفتح السين المهملة، وسكون الميم، من السماحة، وهي الجود صفة مشبهة تدل على الثبوت **(إن باع)** يعني يكون سمحاً عند بيعه بأن يرضى قليل الربح مثلاً، وغير ذلك كما سيأتي **(سمحاً إن ابتاع)** أي إذا اشترى **(سمحاً إن قضى)** أي أدّى ما عليه **(سمحاً إن اقتضى)** أي طلب حقه برفق ولين.

قال الباجي[٣]: يريد ـ والله أعلم ـ بالسماحة من جهة البائع المسامحة في الثمن، وذلك بأن يأخذ القيمة، ولا يشطط بطلب أكثر منها، ويتجاوز في النقد، وأن ينظر بالثمن، وفي «الواضحة»: تستحب المسامحة في البيع والشراء، وليس هو ترك المكايسة فيه، وإنما هو ترك المضاجرة والكزازة والرضا بالإحسان ويسير الربح وحسن الطلب بالثمن، قال: ويكره المدح والذم في التبايع، ولا يفسخ به ويؤثم فاعله لِشبْهه بالخديعة، ومن المكروه الإلغاز باليمين، وقد نهى عن ذلك عمر، والحلف فيه مكروه، وإن لم يلغز، وروي أن

---

(١) «فتح الباري» (٤/ ٣٠٧).

(٢) أخرجه الترمذي (١٣٢٠).

(٣) «المنتقى» (٥/ ١٠٩).

قَالَ مَالِكٌ، فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْإِبِلَ أَوِ الْغَنَمَ أَوِ الْبَزَّ أَوِ الرَّقِيقَ. أَوْ شَيْئاً مِنَ الْعُرُوضِ جِزَافاً: إِنَّهُ لَا يَكُونُ الْجِزَافُ فِي شَيْءٍ مِمَّا يُعَدُّ عَدًّا.

البركة ترفع منه باليمين، والمسامحة من المبتاع أن يقضي أفضل ما يجد، ولذا قال ﷺ: «أفضلكم أحسنكم قضاءً»[1]، ويعجل القضاء، ولا يبلغ المطل، انتهى.

(قال مالك في الرجل الذي يشتري الإبل) مثلاً **(أو الغنم أو البز)** بالموحدة والزاي، **(أو الرقيق)** أو الدواب **(أو شيئاً)** آخر **(من العروض)** التي تباع عدداً، فيشتريه **(جزافاً)** أي تخميناً بدون العدد، فقال مالك في ذلك: **(إنه لا يكون الجزاف)** أي لا يجوز الشراء جزافاً **(في شيء مما يعد عدداً)** كذا في النسخ الهندية وأكثر المصرية، وفي بعضها «يعد عدّاً».

قال الباجي: وهذا على ما قال: إنه لا يباع شيء مما ذكر جزافاً، ولا نعلم في ذلك خلافاً بين العلماء غير أن قوله: ولا يكون الجزاف في شيء مما يُعَدُّ عدداً يحتاج إلى تفسير. وذلك أن ما يُعَدُّ عدداً ينقسم على قسمين: قسمٌ: تختلف صفاته كالخيل والإبل والرقيق وسائر الحيوان والثياب والعروض، فإن هذا لا يكاد جملة منها تتفق آحادها، فهذا لا يجوز بيعه جزافاً.

وأما القسم الثاني: فلا تختلف صفاته على الوجه الذي ذكرنا كالجوز والبيض، فهذا إذا وجدت جملة منها فأكثرها تتفق صفات آحادها في المقصود، فهذا بيعه على الجزاف مع كونه معدوداً، وقد قال القاضي أبو محمد: يجوز الجزاف في كل مكيل كالحنطة أو موزون كاللحم أو معدودٍ كالجوز والبيض، مما الغرض في مبلغه دون أعيانه ولا آحاده.

أما ما ليس بمكيل ولا موزون مما الغرض في أعيانه كالخيل والرقيق

(١) أخرجه البخاري (٢٦٠٩).

....

والثياب، فلا يجوز فيه الجزاف؛ لأن آحادها تحتاج أن تنفرد بالنظر، اهـ.

قلت: وهذا مبنيٌّ على أن الجزاف يجوز في أشياء عند مالك، ولا يجوز في أشياء، قال ابن رشد[1]: اتفقوا على أن العلم الذي يكون بهذه الأشياء من قبل الكيل المعلوم، أو الصنوج المعلومة مؤثر في صحة البيع في كل ما كان معلوم الكيل أو الوزن عند البائع والمشتري من جميع الأشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والممسوحة، وأن العلم بمقادير هذه الأشياء التي تكون مِن قِبل الحرز والتخمين، وهو الذي يسمونه الجزاف يجوز في أشياء، ويُمْنَعُ في أشياء.

وأصل مذهب مالك في ذلك أنه يجوز في كل ما المقصود منه الكثرة لا آحاده، وهو عنده على أصناف: منها: ما أصله الكيل، ويجوز جزافاً وهي المكيلات والموزونات، ومنها: ما أصله الجزاف، ويكون مكيلاً، وهي الممسوحات كالأرضين والثياب، ومنها: ما لا يجوز فيها التقدير أصلاً بالكيل والوزن، بل إنما يجوز فيها العدد فقط، ولا يجوز بيعُها جزافاً، وهي كما قلنا التي المقصود منها آحاد أعيانها، انتهى.

وذكر الدردير[2] لجواز الجزاف سبعة شروط، فقال: جاز بيع جزاف ١ ـ إن رُئِيَ حال العقد أو قبله، واستمرًّا على المعرفة لوقت العقد، فلا يجوز الجزاف في غير مرئيّ، ٢ ـ ولم يكثر المبيع جداً، فإن كثر جداً بحيث يتعذر حزره أو قلّ جداً بحيث يسهل عدّه لم يجز جزافاً، ٣ ـ وجهلاه، ٤ ـ وحزراه، ٥ ـ واستوت أرضه، ٦ ـ ولم يعد بلا مشقة، ونبه بلفظ العدِّ على أن المكيل والموزون يباع جزافاً ولو لم يكن مشقة، ٧ ـ ولم تقصد أفراده أي آحاده،

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ١٥٨).

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ٢٠).

قَالَ مَالِكٌ، فِي الرَّجُلِ يُعْطِي الرَّجُلَ السِّلْعَةَ يَبِيعُهَا لَهُ. وَقَدْ قَوَّمَهَا صَاحِبُهَا قِيمَةً. فَقَالَ: إِنْ بِعْتَهَا بِهٰذَا الثَّمَنِ الَّذِي أَمَرْتُكَ بِهِ، فَلَكَ دِينَارٌ. أَوْ شَيْءٌ يُسَمِّيهِ لَهُ. يَتَرَاضَيَانِ عَلَيْهِ. وَإِنْ لَمْ تَبِعْهَا. فَلَيْسَ لَكَ شَيْءٌ: إِنَّهُ لَا بَأْسَ بِذٰلِكَ. إِذَا سَمَّى ثَمَناً يَبِيعُهَا بِهِ. وَسَمَّى أَجْراً مَعْلُوماً. إِذَا بَاعَ أَخَذَهُ. وَإِنْ لَمْ يَبِعْ فَلَا شَيْءَ لَهُ.

وهذا كالمستثنى من الشروط قبله، فإن كان في عده مشقة جاز بيعه جزافا إلا أن تقصد أفراده بالثمن كالعبيد والثياب والدواب، فلا بد من عدها إلا أن يقل ثمن أفراده، فيجوز كبيض وتفاح ورمان، انتهى.

ومذهب الحنفية في ذلك ما في «الهداية»[1]: أن الأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع، انتهى. وتقدم شيء من ذلك قبيل «ما جاء في الصرف»، وتقدم فيه ما قال صاحب «المحلى»: وعند أبي حنيفة لا يضر الجزاف لا في النقدين ولا في غيره إلا في الجنس بالجنس في الأموال الربوية، انتهى.

(قال مالك في الرجل يعطي الرجل) الآخر **(السلعة)** كي **(يبيعها له)** أي للمالك **(و)** الحال أنه **(قد قوَّمها صاحبها)** أي مالكها **(قيمة)** أي عين لها القيمة **(فقال)** المالك: **(إن بعتها بهذا الثمن الذي أمرتك به فلك دينار)** مثلاً **(أو شيء)** آخر أقل من الدينار أو أكثر **(يسميه له)** أي يعين الأجرة **(يتراضيان عليه)** أي على الأجر الذي عين له بشرط أن لا يعين للبيع أجلاً كما سيأتي **(وإن لم تبعها فليس لك شيء)** أي لا أجر لك **(إنه لا بأس بذلك)** يعني يجوز.

ثم أكد الكلام السابق بقوله: **(إذا سمى)** للسلعة **(ثمنا)** معينا **(يبيعها به وسمى)** أيضاً للعامل **(أجراً معلوماً)** متعيناً **(إذا باع)** العامل السلعة **(أخذه)** أي الأجر **(وإن لم يبع فلا شيء له)** لأنه لم يعمل عملاً رتب عليه الأجر.

---

(١) (٢/٢٣).

قَالَ مَالِكٌ: وَمِثْلُ ذٰلِكَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ: إِنْ قَدَرْتَ عَلَى غُلَامِي الآبِقِ. أَوْ جِئْتَ بِجَمَلِي الشَّارِدِ. فَلَكَ كَذَا. فَهٰذَا مِنْ بَابِ الْجُعْلِ. وَلَيْسَ مِنْ بَابِ الْإِجَارَةِ. وَلَوْ كَانَ مِنْ بَابِ الْإِجَارَةِ، لَمْ يَصْلُحْ.

(قال مالك: ومثل ذلك) أي نظير المسألة السابقة **(أن يقول الرجل للرجل)** الآخر: **(إن قدرت على غلامي الآبق)** فجئت به **(أو جئت بجملي الشارد)** مثلاً **(فلك كذا وكذا)** دراهم وغيرها لشيء يسميه **(فهذا)** جائز؛ لأنه **(من باب الجعل)** الذي قال الجمهور بجوازه في الآباق والضوال، قاله الزرقاني[(١)] **(وليس)** هذا **(من باب الإجارة و)** ذلك لأنه **(لو كان من باب الإجارة لم يصلح)** أي لم يجز، وبسط الباجي[(٢)] في شرائط الجعل وفروعه بسطاً كثيراً.

والجملة ما قال ابن رشد[(٣)]: إن الجعل هو الإجارة على منفعة مظنون حصولُها، مثل مشارطة الطبيب على البرء، والمعلم على الحذق، والناشد على وجود العبد الآبق، وقد اختلف العلماء في جوازه، فقال مالك: يجوز ذلك في اليسير بشرطين: أحدهما: أن لا يضرب لذلك أجلاً، والثاني: أن يكون الثمن معلوماً، وقال أبو حنيفة: لا يجوز، وللشافعي القولان.

وعمدة من أجازه قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ وإجماع الجمهور على جوازه في الإباق، والسؤال[(٤)]. وعمدة من منعه الغرر الذي فيه قياساً على سائر الإجارات، ولا خلاف في مذهب مالك أن الجعل لا يستحق شيء منه إلا بتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم، واختلف الفقهاء في كثير من المسائل هل هو جعل أو إجارة، اهـ.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٤٤).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١١٠).

(٣) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٣٥).

(٤) كذا في الأصل، ش.

....

قال الباجي[١]: ولا يجوز الجعل في عمل إن ترك العمل بقي للجاعل فيه ما ينتفع به، قال ابن حبيب: فلا يجوز أن يقول: إن عملت لي شهراً فلك كذا، وإلا فلا شيء لك.

وما يعمل فيه المجعول له على ضربين؛ **أحدهما**: أن يعمل في غير ملك الجاعل، **والثاني**: أن يعمل في ملكه، فإن كان يعمل في غير ملكه مثل أن يجعل له جعلاً في رد عبده الآبق أو جمله الشارد، أو يحفر له بئراً في غير أرضه، فقال ابن حبيب: يجوز الجعل في مثل هذا على ما قلّ وكثُر؛ لأن العامل إذا ترك العمل لا يبقى بيد الجاعل من ذلك شيء.

وأما الضرب الثاني، وهو أن يعمل في ملك الجاعل، وذلك مثل أن يجعل له جعلاً على أن يحفر له بئراً في أرضه فلا يجوز؛ لأن الجعل مبنيٌّ على أنه لا يلزم العامل إتمام العمل لما فيه من الغرر، فإذا حفر في ملك الجاعل، ثم تركه قبل أن يكمله انتفع الجاعل بما عمله دون عوض، فلم يجز ذلك، وقد اختلف قول مالك في الجعل يجعل للخصم على إدراك ما يخاصم عنه فيه، وللطبيب على إبراء العليل، فقال في «المدونة»: لا يجوز، وقال سحنون: وقد روي عنه أنه جائز، انتهى.

وقال الموفق[٢]: يجوز أن يستأجر كحّالاً لِيَكْحَلَ عينه؛ لأنه عمل جائزٌ ويحتاج أن يقدر ذلك بالمدة؛ لأن العمل غير مضبوط فَيُقَدَّرُ به، ويحتاج إلى بيان قدر ما يحكله مرة في كل يوم أو مرتين، فأما إن قدرها بالبرء، فقال القاضي: لا يجوز؛ لأنه غير معلوم، وقال ابن أبي موسى: لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء، لأن أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء،

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١١٠).

(٢) «المغني» (٨/ ١٢٠).

....

والصحيح ـ إن شاء الله ـ أن هذا يجوز، لكن يكون جعالةً لا إجارة، فإن الإجارة لا بد فيه من مدة أو عمل معلوم، أما الجعالة فتجوز على عمل مجهول كردِّ اللقطة والآبق، وحديث أبي سعيد في الرقية إنما كان جعالة.

وإذا استأجره مدة فَكَحَلَه فيها فلم تبرأ عينه استحق الأجر. وبه قال الجماعة، وحكي عن مالك أنه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه، ولم يحك ذلك أصحابه، وهو فاسد؛ لأن المستأجر قد وفّى العمل الذي وقع العقد عليه، فوجب له الأجر وإن لم يحصل الغرض، انتهى.

وقال أيضاً: إن استأجر ليبيع له ثياباً بعينها صَحَّ، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يصحُّ؛ لأن ذلك يتعذر عليه فأشبه ضراب الفحل، وحمل الحجر الكبير. ولنا؛ أنه عمل مباحٌ تجوز النيابة فيه، وهو معلوم، فجاز الاستئجار عليه كشراء الثياب، ولأنه يجوز عقد الإجارة عليه مقدراً بزمن، فجاز مقدراً بالعمل كالخياطة، وقولهم: إنه غير ممكن، لا يصحّ، فإن الثياب لا تنفك عن راغب فيها، ولذلك صحت المضاربة، ولا تكون إلا بالبيع والشراء، اهـ.

وقال العيني[1]: هذا الباب فيه اختلاف للعلماء، فقال مالك: يجوز أن يستأجره على بيع سلعته إذا بين لذلك أجلاً، قال: وكذلك إذا قال له: بع هذا الثوب، ولك درهم أنه جائز، وإن لم يوقت له ثمناً، وكذلك إن جعل له في كل مائة دينار شيئاً، وهو جُعْلٌ، وقال أحمد: لا بأس بأن يعطيه من الألف شيئاً معلوماً، وذكر ابن المنذر عن حماد والثوري أنهما كرها أجره، وقال أبو حنيفة: إن دفع له ألف درهم يشتري بها بَزّاً بأجر عشرة دراهم، فهو فاسد، وكذلك لو قال: اشتر مائة ثوب فهو فاسد، فإن اشترى فله أجر مثله، ولا

(١) «عمدة القاري» (٨/ ٦٢٣).

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا الرَّجُلُ يُعْطَى السِّلْعَةَ. فَيُقَالُ لَهُ: بِعْهَا وَلَكَ كَذَا وَكَذَا. فِي كُلِّ دِينَارٍ. لِشَيْءٍ يُسَمِّيهِ. فَإِنَّ ذٰلِكَ لَا يَصْلُحُ. لِأَنَّهُ كُلَّما نَقَصَ دِينَارٌ مِنْ ثَمَنِ السِّلْعَةِ، نَقَصَ مِنْ حَقِّهِ الَّذِي سَمَّى لَهُ. فَهٰذَا غَرَرٌ. لَا يَدْرِي كَمْ جَعَلَ لَهُ.

يجاوز ما سمى من الأجر، وإن اكتراه شهراً على أن يشتري له ويبيع فذلك جائز، انتهى. قلت: ما حكي عن مالك من الجواز في كل مائة دينار شيئاً يخالفه قول مالك الآتي قريباً.

(قال مالك: فأما الرجل يعطي) رجلاً آخر **(السلعة فيقال)** وفي نسخة «فيقول» وهو أوضح **(له)** أي للرجل الآخر **(بعها ولك كذا وكذا في كل دينار لشيء يسميه)** بعينه مثلاً يقول له: بعها ولك في كل دينار درهم **(فإن ذلك لا يصلح؛ لأنه كلما نقص دينار من ثمن السلعة نقص)** درهم **(من حقه الذي سمى له)** وهذا ظاهر، فإنه إن باعها بعشرة دنانير أخذ عشرة دراهم، وإن باعها بثمانية دنانير نقص الدرهمان من أجرته **(فهذا غرر)** لأنه **(لا يدري كم جعل له)**.

قال الباجي[١]: وهذا كما قال: لأنه لم يسم ثمناً يبيعه به، وإذا لم يكن الثمن معلوماً كان جعل العامل مجهولاً، ولا يجوز أن يكون الجعل مجهولاً؛ لأنه لا ضرورة تدعو إلى ذلك، وإنما جاز أن يكون العمل مجهولاً للضرورة الداعية إلى ذلك، انتهى.

وقال الزرقاني[٢]: الإجارة بيع منافع، فلا يجوز أن يكون البدل فيها إلا معلوماً عند الجمهور، وقال الظاهرية وبعض السلف: يجوز جهل البدل فيها، كمن يعطي حماره لمن يسقي عليه أو يعمل به بنصف ما يرزق بسقيه على ظهره

---

(١) انظر: «المنتقى» (٥/ ١١٢) و«الاستذكار» (٢١/ ١١١).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٤٤).

١٣٩٧/١٠١ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ؛ أَنَّهُ سَأَلَهُ عَنِ الرَّجُلِ يَتَكَارَى الدَّابَّةَ. ثُمَّ يُكْرِيهَا بِأَكْثَرَ مِمَّا تَكَارَاهَا بِهِ. فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِذٰلِكَ.

كل يوم قياساً على القراض والمساقاة، قالوا: وقد جاء القرآن بجواز الرضاع، وما يأخذه الصبي كل يوم من اللبن غير معلوم، قاله أبو عمر، انتهى.

وفي «الفتاوى الهندية»: في «الواقعات» للناطفي: إذا قال لرجل: بع هذا المتاع ولك درهم ففعل، أو قال: اشتر لي هذا المتاع ولك درهم، ففعل، فله أجر مثله لا يجاوز به الدرهم، وفي الدلال والسمسار يجب أجر المثل وما تواضعوا عليه أن من كل عشرة دنانير كذا فذلك حرام عليهم. كذا في «الذخيرة»، انتهى.

١٣٩٧/١٠١ ـ **(مالك عن ابن شهاب أنه سأله)** أي سأل مالك الزهري **(عن الرجل يتكارى الدابة)** أي يأخذها على الكراء **(ثم يكريها)** رجلاً ثالثاً **(بأكثر مما تكاراها به فقال)** الزهري: **(لا بأس بذلك)**.

قال الباجي(١): له أن يكريها بأكثر مما اكتراها به قبل القبض وبعده، وبهذا قال مالك والشافعي وطاووس وجماعة من العلماء، قال أبو محمد: له أن يكريها بمثل ما اكتراها به وأقل وأكثر؛ لأنه عارض على ملكه كبائع الأعيان، وقال أبو حنيفة: من استأجر داراً أو دابة فليس له أن يؤاجرها حتى يقبضها، وليس له بعد قبضها أن يؤاجرها بأكثر مما استأجرها، وبه قال ابن سيرين والنخعي والشعبي، اهـ.

وقال الموفق(٢): يجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها نصَّ عليه أحمد، وهو قول ابن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبي

---

(١) «المنتقى» (٥/١١٣).

(٢) «المغني» (٨/ ٥٤).

....

سليمان بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي، والثوري وأصحاب الرأي، وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يجوز؛ لأنه ﷺ نهى عن ربح مالم يضمن، والمنافع لم تدخل في ضمانه، ولأنه عقد على ما لم يدخل في ضمانه، فلم يجز كبيع المكيل والموزون قبل قبضه. والأول أصحُّ؛ لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع. وإذا ثبت هذا فإنه لا تجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه في الضرر.

فأما إجارتها قبل قبضها، فلا تجوز من غير المؤجر في أحد الوجهين، وهذا قول أبي حنيفة والمشهور من قولي الشافعي، والآخر يجوز، وهو قول بعض الشافعية. وأما إجارتها قبل القبض من المؤجر، فإذا قلنا: لا يجوز من غير المؤجر، فكان ههنا وجهان: أحدهما: لا يجوز؛ لأنه عقد عليها قبل قبضها. والثاني: يجوز؛ لأن القبض لا يتعذر عليه بخلاف الأجنبي، فأما إجارتها بعد قبضها من المؤجر فجائزة، وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز؛ لأن ذلك يؤدي إلى تناقض الأحكام، ويجوز للمستأجر إجارة العين بمثل الأجر وزيادة. نَصَّ عليه أحمد. وروي ذلك عن عطاء والحسن والزهري، وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر، وعن أحمد: إن أحدث في العين زيادة جاز أن يكريها بزيادة وإلا لم تجز الزيادة، فإن فعل تصدق بالزيادة، روى هذا الشعبي، وبه قال الثوري وأبو حنيفة؛ لأنه يربح بذلك فيما لم يضمن، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن. وعن أحمد رواية ثالثة: إن أذن المالك في الزيادة جاز، وإلا لم يجز، وكره ابن المسيب وأبو سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي الزيادة مطلقاً لدخولها في ربح ما لم يضمن، انتهى.

....

وفي «الدر المختار»[1]: وله السكنى بنفسه وإسكان غيره بإجارة وغيرها. وكذا كل ما لا يختلف بالمستعمل، ولو آجر بأكثر تصدق بالفضل إلا في مسألتين؛ إذا آجرها بخلاف الجنس أو أصلح فيها شيئاً، ولو آجرها من المؤجر لا تصح، وتنفسخ الإجارة في الأصح «بحر» معزياً «للجوهرة» وفي «الوهبانية»[2] وغيره: الصحيح لا تنفسخ، انتهى.

(كمل كتاب البيوع)

هكذا في النسخ الهندية. وليس هذا الكلام في النسخ المصرية لا في المتون، ولا في الشروح.

---

(١) (٦/ ٣١٠).

(٢) «الدر المختار» (٦/ ٣٧٩).

بسم الله الرحمٰن الرحيم

٣٤ ـ كتاب القراض

(١) باب ما جاء في القراض

بسم الله الرحمٰن الرحيم

هكذا في أكثر النسخ المصرية بتقديم التسمية على الكتاب، وفي بعضها والنسخ الهندية بتقديم الكتاب على التسمية.

(٣٤) كتاب القراض

قال الزرقاني: هكذا في نسخ صحيحة مقروءة تقديمه على المساقاة، وفي نسخ تأخيره عنها، وعن كراء الأرض، والخطب سهل، انتهى. قلت: هكذا في النسخ الهندية وأكثر المصرية ذكر القراض ههنا، وفي نسخة «المنتقى» ذكر ههنا كتاب المساقاة، ثم كراء الأرض، ثم القراض.

(١) ما جاء في القراض

وهو بالقاف والراء مصدر قارض مقارضة وقراضا، وهو أحد أنواع الشركة.

قال الموفق[١]: الشركة على ضربين: شركة أملاك، وشركة عقود، والثاني أنواع خمسة، شركة العنان، والأبدان، والوجوه، والمضاربة، والمفاوضة.

ثم قال[٢]: النوع الثالث: أن يشترك بدن ومال، وهذه المضاربة، وتسمى

---

(١) «المغني» (٧/ ١٠٩).

(٢) (٧/ ١٣٢).

....

قراضاً أيضاً، ومعناها أن يدفع رجلٌ مالَه إلى آخر يَتّجر له فيه على أن ما حصل من الربح بينهما على حسب ما يشترطانه، فأهل العراق يسمونه مضاربةً، مأخوذٌ من الضرب في الأرض، وهو السفر فيها للتجارة، قال تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾[١].

ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منهما في الربح بسهم، ويسميه أهل الحجاز القراض، فقيل: هو مشتق من القطع يقال: قرض الفأرُ الثوب إذا قطعه، فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة، وسلّمها إلى العامل، واقتطع له قطعة من الربح، وقيل: اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال: تقارض الشاعران إذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره، وههنا من العامل العمل، ومن الآخر المال، فتوازنا، اهـ.

قال الدردير[٢]: القراض بكسر القاف من القرض، وهو القطع، سُمِّي بذلك؛ لأن المالك قطع قطعة من ماله لمن يعمل بجزء من الربح، قال الدسوقي: أي والعامل قطع لرب المال جزءاً من الربح الحاصل بسعيه، وحينئذ فالمفاعلة على بابها، انتهى.

قال الزرقاني[٣]: وأهل العراق يسمونه المضاربة، ولا يقولون: قراضاً البتة، وكان ذلك في الجاهلية، فأُقرّ في الإسلام، وعمل به ﷺ لخديجة قبل البعثة، ونقلته الكافة عن الكافة، ولا خلاف في جوازه، انتهى.

وقال الموفق[٤]: أجمع أهل العلم على جوازه في الجملة ذكره ابن

(١) سورة المزمل: الآية ٢٠.

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ٣٥١).

(٣) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٤٥)، وانظر «الاستذكار» (٢١/ ١١٩).

(٤) «المغني» (٧/ ١٠٩).

....

المنذر، انتهى. قال الزرقاني: لا أصل للقراض في كتاب ولا سنة إلا أنه كان في الجاهلية فأُقرَّ في الإسلام، وأجمع على جوازه بالدراهم والدنانير، قاله أبو عبد الملك، انتهى.

وفي «البدائع»[١]: القياس أن لا يجوز عقد المضاربة؛ لأنه استئجار بأجر مجهول، بل بأجر معدوم، ولعمل مجهول، لكنا تركنا القياس بالكتاب والسنة والإجماع، أما الأول، فقوله عز شأنه: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ والمضارب يضرب في الأرض يبتغي من فضل الله، وأما السنة، فما روي عن ابن عباس أن سيدنا العباس إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً، ولا ينزل به وادياً، ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة، فإن فعل ذلك ضمن، فبلغ شرطه رسول الله ﷺ، فأجاز شرطه.

وكذا بعث رسول الله ﷺ والناس يتعاقدون المضاربة، فلم ينكر عليهم، وذلك تقرير لهم على ذلك، والتقرير أحد وجوه السنة، وأما الإجماع، فإنه رُوي عن جماعةٍ من الصحابة أنهم دفعوا مال اليتيم مضاربة، منهم عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وعبيد الله بن عمر وعائشة، ولم ينقل أنه أنكر عليهم من أقرانهم أحد، ومثله يكون إجماعاً، انتهى.

وفي «المحلى»: هي جائزة بالإجماع، وأصله من المرفوع ما رواه ابن ماجه عن صهيب أنه ﷺ قال: «ثلاث فيهن البركة، البيع إلى أجل، والمقارضة، واختلاط البر بالشعير لا للبيع»، انتهى.

وقال ابن رشد[٢]: لا خلاف بين المسلمين في جوازه، وأجمعوا على أن صفته أن يعطي الرجل الرجل المال على أن يَتَّجِر فيه على جزء معلوم يأخذه

---

(١) «بدائع الصنائع» (٥/١٠٨).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/٢٣٦).

١٣٩٨/١ ـ **حدّثني** مَالِكٌ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّهُ قَالَ: خَرَجَ عَبْدُ اللَّهِ وَعُبَيْدُ اللَّهِ ابْنَا عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فِي جَيْشٍ إِلَى الْعِرَاقِ. فَلَمَّا قَفَلَا مَرَّا عَلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ. وَهُوَ أَمِيرُ الْبَصْرَةِ. فَرَحَّبَ بِهِمَا وَسَهَّلَ. ثُمَّ قَالَ: لَوْ أَقْدِرُ لَكُمَا عَلَى أَمْرٍ أَنْفَعُكُمَا بِهِ لَفَعَلْتُ. ....

العامل من ربح المال أيّ جزء كان مما يتفقان عليه ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً، وأن هذا مستثنى من الإجارة المجهولة، وأن الرخصة في ذلك إنما هي لموضع الرفق بالناس، وأنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال إذا لم يتعد، وإن كان اختلفوا فيما هو تَعَدٍّ مما ليس بتعدٍّ.

وكذلك أجمعوا بالجملة على أن لا يقترن به شرط يزيد في مجهلة الربح، أو في الغرر الذي فيه، وإن كان اختلفوا فيما يقتضي ذلك من الشروط مما لا يقتضي، وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدراهم، واختلفوا في غير ذلك، انتهى.

١٣٩٨/١ ـ **(مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه)** أسلم العدوي مولى عمر ـ رضي الله عنه ـ **(أنه قال)** أي أسلم، وأخرجه الدارقطني بسنده إلى عبد الله بن زيد بن أسلم عن أبيه عن جده **(خرج عبد الله)** بفتح العين **(وعبيد الله)** بضمها مصغراً **(ابنا عمر بن الخطاب)** في زمان خلافته **(في جيش إلى العراق)** بعث بهما للغزو **(فلما قفلا)** أي رجعا من الغزو **(مَرّا على أبي موسى الأشعري)** الصحابي الشهير اسمه عبد الله بن قيس **(وهو)** أي أبو موسى إذ ذاك **(أمير البصرة)** من جهة عمر ـ رضي الله عنه ـ، ولفظ الدارقطني مَرّا بأبي موسى الأشعري، وهو على العراق مقبلين من أرض فارس **(فرحب بهما)** من الترحيب أي قال: مرحباً **(وسهّل)** بتشديد الهاء أي قال: أهلاً وسهلاً.

(ثم قال) أبو موسى: **(لو أقدر)** بصيغة المتكلم **(لكما)** اللام للنفع **(على أمرٍ أنفعكما به)** أي لو قدرت على شيء يصل به النفع إليكما **(لفعلت)** جواب

ثُمَّ قَالَ: بَلَى، هَاهُنَا مَالٌ مِنْ مَالِ اللَّهِ أُرِيدُ أَنْ أَبْعَثَ بِهِ إِلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ. فَأُسْلِفُكُمَاهُ. فَتَبْتَاعَانِ بِهِ مَتَاعاً مِنْ مَتَاعِ الْعِرَاقِ. ثُمَّ تَبِيعَانِهِ بِالْمَدِينَةِ. فَتُؤَدِّيَانِ رَأْسَ الْمَالِ إِلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ وَيَكُونُ الرِّبْحُ لَكُمَا. فَقَالَا: وَدِدْنَا ذٰلِكَ. فَفَعَلَ ....

لو، وليس في بعض النسخ لفظ لفعلت، فلو للتمني لا يحتاج إلى الجواب **(ثم قال: بلى)** سنح لي أمر فيه نفع لكما **(ههنا مال)** عندي **(من مال الله)** أي من بيت المال **(أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين)** عمر ـ رضي الله عنه ـ **(فأسْلِفُكماه)** بضم الهمزة أي أعطيكماه قرضاً **(فتبتاعان به)** ههنا **(متاعاً من متاع العراق)** للتجارة، **(ثم تبيعانه)** أي المتاع **(بالمدينة)** المنورة **(فتؤديان رأس المال)** أي المقدار الذي أعطيكماه **(إلى أمير المؤمنين)** عمر ـ رضي الله عنه ـ **(ويكون لكما الربح)** الحاصل بالتجارة **(فقالا)** أي عبد الله وعبيد الله: **(وَدِدْنَا ذلك)** أي أحببنا أن تفعل هكذا **(ففعل)** أبو موسى، فأعطاهما مالاً واشتريا به متاعاً.

قال الباجي(١): قول أبي موسى: ههنا مال، إلخ. لم يرد بذلك إحراز المال في ذمتهما، وإنما أراد منفعتهما بالسلف، ومن مقتضاه ضمانهما المال، وإنما يجوز السلف لمجرد منفعة المتسلف، فإذا قصد المسلف منفعة نفسه دخل الفساد، وإن أراد المسلف منفعته بالسلف، بأن يقصد إحراز ماله في ذمة المتسلف إلى بلد القضاء كالسفاتج التي يستعملها أهل المشرق، فالمشهور من مذهب مالك أن ذلك غير جائز.

وروى أبو الفرج جواز السفاتج، ولعله أراد ما لم يقصد المسلف نفع نفسه، وسواء فيما ذكر كان المسلف صاحب المال أو غيره ممن له النظر عليه من إمام أو قاض أو وصي أو أب، فلا يجوز للإمام أن يسلف شيئاً من مال المسلمين ليحرزه في ذمة المتسلف، وقد نص على ذلك أصحابنا في مسألة القاضي.

---

(١) «المنتقى» (٥/١٤٩).

وَكَتَبَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُمَا الْمَالَ. فَلَمَّا قَدِمَا بَاعَا فَأُرْبِحَا. فَلَمَّا دفعَا ذٰلِكَ إِلَى عُمَرَ، قَالَ: أَكُلَّ الْجَيْشِ أَسْلَفَهُ مِثْلَ مَا أَسْلَفَكُمَا؟ قَالَا: لَا. فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: ابْنَا أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ. فَأَسْلَفَكُمَا. ....

ووجه ذلك أن ما لا يجوز للإنسان في مال نفسه من الارتفاق، فلا يجوز في مالٍ يلي عليه، وإذا ثبت ذلك، ففعل أبي موسى الأشعري هذا يحتمل وجهين: أحدهما: أن يكون فعل هذا لمجرد منفعة عبد الله وعبيد الله، وجاز له ذلك وإن لم يكن الإمام المفوض إليه؛ لأن المال كان بيده بمنزلة الوديعة، ولو تلف المال، ولم يكن عندهما وفاءٌ لضمنه أبو موسى، والوجه الثاني: أن يكون لأبي موسى النظر في المال بالتثمير والإصلاح، فإذا أسلفه كان لعمر بن الخطاب الذي هو الإمام المفوض إليه تعقب فعله، فَتَعَقَّبَه، ورَدَّه إلى القراض، انتهى.

(وكتب) أبو موسى **(إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال)** أي مقدار المال الذي أعطاهما أبو موسى **(فلما قدما)** المدينة **(باعا)** المتاع **(فأربحا)** أي حصل لهما الربح في ذلك **(فلما دفعا)** بالدال في النسخ المصرية أي دفعا **(ذلك)** المال، وفي النسخ الهندية بالراء أي رفعا القصة أو المال **(إلى عمر بن الخطاب)**، وأخبره بالقصة أو بلغَه من غيرهما **(قال)** عمر ـ رضي الله عنه ـ: **(أكل الجيش)** بنصب «كل» بتقدير الفعل على شريطة التفسير **(أسلفه مثل ما أسلفكما؟)** أو خصّكما بهذا السلف **(قالا: لا)** لم يسلف كل الجيش، بل خصنا بذلك من بين الجيش.

(فقال عمر بن الخطاب:) أنتما **(ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما)** لذلك محاباةً له ورشوةً، قال الباجي[1]: قول عمر: أكل الجيش أسلفه تَعَقُّبٌ منه لفعل أبي

---

(١) (١٥٠/٥).

أَدِّيَا الْمَالَ وَرِبْحَهُ. ....

موسى، ونظر في تصحيح أفعاله، وتبيين لموضع المحظور منه؛ لأنه لا يخفى على عمر أن أبا موسى لم يسلف كل واحد من الجيش مثل ذلك، وإنما أراد أن يبين لابنَيْه موضعَ المحاباة في موضع فعل أبي موسى، فلما قالا: لا، أقرّا بالمحاباة، فقال: ابنا أمير المؤمنين يريد أن تخصيصهما بالسلف دون غيرهما، إنما كان لموضعهما من أمير المؤمنين.

وهذا مما كان يتورع منه عمر ـ رضي الله عنه ـ أن يخص أحداً من أهل بيته أو ممن ينتمي إليه بمنفعة من مال الله لمكانه منه، وكان عمر ـ رضي الله عنه ـ يبالغ في التوقي منه، ولذا قسم لعبد الله بن عمر أقلَّ مما قسم لغيره من المهاجرين الأولين، وكان يعطي حفصة ابنته مما يصلح لأزواج النبي ﷺ آخر من يعطي، فإن كان نقصان ففي حصتها، اهـ.

(أديا المال و)أديا **(ربحه)** احتياطاً للمسلمين؛ لأنه مالهم، قاله أبو عمر[١]، وقال الباجي[٢]: نقض من عمر ـ رضي الله عنه ـ لفعل أبي موسى وتغيير لسلفه بردِّ ربح المال إلى المسلمين، وإجرائه مجرى أصله، قال عيسى بن دينار: وإنما كره تفضيل أبي موسى لولديه ولم يكن يلزمهما ذلك، وهذا على قولنا: إن أبا موسى استسلف المال وأسلفهما إياه لمجرد منفعتهما، وإن المال كان بيده على وجه الوديعة، وأما إذا قلنا: إنه بيده لوجه التثمير والإصلاح، فإن لعمر ـ رضي الله عنه ـ تَعَقُّبَ ذلك، والتكلم فيه والنظر في ذلك لهما وللمسلمين بوجه الصواب.

ولم يختلف أصحابنا في المبضع معه المال يبتاع به لنفسه، ويتسلفه أن صاحب المال مُخَيَّر بين أن يأخذ ما ابتاع به لنفسه أو يضمنه رأس المال؛ لأنه

(١) انظر: «الاستذكار» (٢١/ ١٢١).
(٢) «المنتقى» (٥/ ١٥٠).

فَأَمَّا عَبْدُ اللَّهِ، فَسَكَتَ. وَأَمَّا عُبَيْدُ اللَّهِ، فَقَالَ: مَا يَنْبَغِي لَكَ، يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، هٰذَا. لَوْ نَقَصَ هٰذَا الْمَالُ أَوْ هَلَكَ لَضَمِنَّاهُ. فَقَالَ عُمَرُ: أَدِّيَاهُ. فَسَكَتَ عَبْدُ اللَّهِ. وَرَاجَعَهُ عُبَيْدُ اللَّهِ، فَقَالَ رَجُلٌ مِنْ جُلَسَاءِ عُمَرَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، لَوْ جَعَلْتَهُ قِرَاضاً. ....

إنما دفع إليه المال على النيابة عنه في عرضه وابتياع ما أمره به وكان أحق بما ابتاعه به، وهذا إذا ظفر بالأمر قبل بيع ما ابتاعه، فإن فات ما ابتاعه به، فإن ربحه لرب المال، وخسارته على المبضع معه، اهـ.

(فأما عبد الله) المكبر **(فسكت)** عن المراجعة أدباً لأبيه وبراً به واتباعاً له وانقياداً لأمره، ولما به أيضاً من شدة الورع **(وأما عبيد الله)** المصغر فراجع أباه **(فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا)** الفعل، واحتجَّ بأنه **(لو نقص)** هذا **(المال)** يعني لو كان فيه الخسران بدل الربح **(أو هلك)** المال كله وضاع **(لضمناه)** لأنه كان سلفاً عندنا **(فقال عمر)** رضي الله عنه: **(أدِّياه)** إعراض من عمر ـ رضي الله عنه ـ عن حجته.

قال الباجي: لأن المبضع معه يضمن البضاعة إذا اشترى بها لنفسه، وإن دخلها نقص جبره، ومع ذلك فإن ربحها لرب المال، اهـ.

(فسكت عبد الله) حينئذٍ أيضاً **(وراجعه عبيد الله)** المصغر مرة ثانية، قال الزرقاني: فيه احتجاج الابن على الأب وأنه ليس بعقوق من حق الأبوة ولا حق الخلافة **(فقال رجل من جلساء عمر)** رضي الله عنه، يقال: إنه عبد الرحمٰن بن عوف، قاله الزرقاني[1] **(يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً)** قال الباجي: على وجه ما رآه من المصلحة في ذلك وإن كان عمر ـ رضي الله عنه ـ لم يسأله إلا أنه قد جرى على عادته، وما عرف من حال عمر واستشارته أهل العلم، وكذلك المفتي يجوز أن يبتدئ الحكم بالفتوى إذا علم من حاله استشارته وجرت بذلك عادته.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٤٦).

فَقَالَ عُمَرُ: قَدْ جَعَلْتُهُ قِرَاضاً. فَأَخَذَ عُمَرُ رَأْسَ الْمَالِ وَنِصْفَ رِبْحِهِ. وَأَخَذَ عَبْدُ اللَّهِ وَعُبَيْدُ اللَّهِ، ابْنَا عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، نِصْفَ رِبْحِ الْمَالِ.

(فقال عمر: قد جعلته قراضاً) قال الباجي(١): هو على سبيل التصويب لما رآه هذا المشير، والأخذ بقوله، وقوله الأول لم يكن حكماً، وإنما كان إظهاراً لما يريد أن يحكم به، وإنما جَوَّز ذلك؛ لأنهما عملا في المال بوجه شبهة، وعلى وجه يعتقدان فيه الصحة دون أن يبطلا فيه مقصوداً لمن يملكه، فلم يجز أن يبطل عليهما عملهما، فردّهما إلى قراض مثلهما، وكان قراض مثلهما النصف فأخذ عمر ـ رضي الله عنه ـ النصف من الربح وابنا عمر النصف الثاني، اهـ.

(فأخذ عمر رأس المال) الذي أعطاهما أبو موسى **(ونصف ربحه)** فجعله أيضا في بيت المال **(وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر)** ـ رضي الله عنه ـ **(نصف ربح المال)** قال الزرقاني(٢): وكأنه جعل ذلك قطعاً للنزاع إذ ليس من القراض في شيء، وإنما ساق مالك هذا الحديث إعلاماً بأن القراض كان معمولاً به من عهد عمر، وقيل: هو أول قراض في الإسلام، وقيل: أوله أن عمر ـ رضي الله عنه ـ أخرج من السوق من لا يعلم البيع، وكان فيهم يعقوب مولى الحرقة، فأعطاه عثمان مالاً قراضاً، وأجلسه في السوق، فإن كان محفوظاً، فمعناه أن عثمان كان يُعَلِّمُه ويُراعي أحواله، ولا ينبغي أن يظن بعثمان في فضله وورعه إلا ذلك، اهـ.

وهذا يخالف ما تقدم قريباً عن الباجي إذ حمله على القراض، وحكى شيخ مشايخنا الشاه ولي الله الدهلوي في «إزالة الخفاء»، عن المزني قال: وجه

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٥١).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٤٦).

. . . .

جعل عمر ـ رضي الله عنه ـ نصف ربح ابنيه للمسلمين عندي أنهما أجابا قول عمر رضي الله عنه عن طيب أنفسهما، اهـ.

والأثر أخرجه البيهقي[1] برواية الشافعي وابن بكير عن مالك بهذا السند نحوه، ثم قال: معنى حديثهما سواء إلا أن الشافعي قال في روايته: فلما قفلا مرّا على عامل لعمر، ثم قال: قال الشافعي: وابن عمر يرى على المشتري بالبضاعة لغيره الضمان، ويرى الربح لصاحب البضاعة ولا يجعل الربح لمن ضمن، قال الربيع: آخر قول الشافعي إنه إذا تعدّى، فاشترى شيئاً بالمال بعينه، فربح فيه فالشراء باطل، وإن اشترى بمال لا بعينه، ثم نقد المال، فالشراء له، والربح له، والنقصان عليه، وهو ضامن للمال، وأوّل المزني حديثَ عمر ـ رضي الله عنه ـ مع ابنيه بأنه سألهما لبره الواجب عليهما، أن يجعلا ربحه كله للمسلمين، فلم يجيباه، فلما طلب النصف أجاباه عن طيب أنفسهما، اهـ.

وقال ابن التركماني[2]: ذكر البيهقي هذا الأثر في باب القراض وجعله المال قراضاً مشكل، وقد قال عبيد الله: لو هلك المال ضمناه، ولم ينكر عمر ـ رضي الله عنه ـ ولا أحد من الصحابة، والمقارض أمين لا ضمان عليه، إلا إذا استهلك أو ضَيَّعَ، ذكره صاحب «الاستذكار»[3]، وأوّله المزني بطيب أنفسهما بذلك، وفيه بُعْدٌ.

وفي «اختلاف العلماء» للطحاوي: قال أبو حنيفة: من غصب شيئاً، فربح فيه ضمنه، وتصدق بالربح، وقال مالك: يطيب له الربح؛ لأنه ضامن للمال،

---

(١) انظر: «السنن الكبرى» (٦/ ١١٠ ـ ١١٣).
(٢) «هامش السنن الكبرى» (٦/ ١١٠).
(٣) (٢١/ ١٢٤).

....

ثم ذكر الطحاوي هذا الأثر، وقال: يحتمل أن عمر ـ رضي الله عنه ـ عاقبهما بذلك كما شاطر عماله أموالهم، وكما روي أن رفقاء لحاطب سرقوا ناقة، فنحروها، فسأل صاحبها عن ثمنها، فقال: أربعمائة درهم، فقال: أعطه ثمانمائة درهم، اهـ.

وقال الموفق[١]: إذا غصب أثماناً فاتَّجر بها، أو عروضاً فباعها، واتجر بثمنها، فقال أصحابنا: الربح للمالك، والسلع المشتراة له، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب: إن كان الشراء بعين المال فالربح للمالك، قال الشريف: وعن أحمد أنه يتصدق به، وإن اشترى في ذمته ثم نقد الأثمان، فقال أبو الخطاب: يحتمل أن يكون الربح للغاصب، وهو قول أبي حنيفة والشافعي في أحد قوليه؛ لأنه اشترى لنفسه في ذمته، فكان الشراء له والربح له، وعليه بدل المغصوب، وهذا قياس قول الخرقي، ويحتمل أن يكون الربح للمغصوب منه؛ لأنه نماء ملكه، فكان له، كما لو اشترى بعين المال، وهذا ظاهر المذهب، وإن حصل خسران، فهو على الغاصب؛ لأنه نقصٌ حصل في المغصوب، وإن دفع المال إلى من يضارب به، فالحكم في الربح على ما ذكرنا، وليس على المالك من أجر العامل شيء؛ لأنه لم يأذن له في العمل في ماله، وأما المضارب فإن كان عالماً بالغصب فلا أجر له؛ لأنه متعدٍ بالعمل، وإن لم يعلم بالغصب فعلى الغاصب أجر مثله؛ لأنه استعمله عملاً بعوض لم يحصل له، فلزمه أجره اهـ.

وقال ابن رشد[٢]: اختلفوا فيمن أودع مالاً، فتعدّى فيه واتّجر به فربح، هل ذلك الربح حلال أم لا؟ فقال مالك والليث وأبو يوسف وجماعة: إذا رد المال طاب له الربح، وإن كان غاصباً للمال فضلاً أن يكون مستودعاً عنده،

---

(١) «المغني» (٧/ ٣٩٩).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/ ٣١٢).

٢/١٣٩٩ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ، عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ؛ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ أَعْطَاهُ مَالاً قِرَاضاً يَعْمَلُ فِيهِ. عَلَى أَنَّ الرِّبْحَ بَيْنَهُمَا.

وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن: يؤدي الأصل، ويتصدق بالربح، وقال قوم: لرب الوديعة الأصل والربح، وقال قوم: هو مخير بين الأصل والربح، فمن اعتبر التصرف قال: الربح للمتصرف، ومن اعتبر الأصل قال: الربح لصاحب المال، ولذلك لما أمر عمر ـ رضي الله عنه ـ ابنيه أن يصرفا المال، قيل له: لو جعلته قراضاً؟ فأجاب إلى ذلك؛ لأنه قد رأى أنه قد حصل للعامل جزء، ولصاحب المال جزء، وإن ذلك عدل، اهـ.

٢/١٣٩٩ ـ **(مالك عن العلاء بن عبد الرحمٰن)** الحرقي **(عن أبيه)** عبد الرحمٰن بن يعقوب الحرقي **(عن جده)** يعقوب المدني مولى الحرقة، مقبول تابعي كبير، ذكر في هامش «التهذيب» عن «الخلاصة»: له عند الترمذي حديث موقوف، وذكر في هامشها: وهو قوله: «لا يبع في سوقنا إلا من تفقه في الدين»، قلت: ذكره الترمذي قبل أبواب الجمعة.

(أن عثمان بن عفان أعطاه) أي يعقوب **(مالا قراضاً)** أي للمضاربة **(يعمل فيه)** يعقوب **(على أن الربح بينهما)** ولعل مالكاً ـ رحمه الله ـ ذكره؛ لأن عثمان ـ رضي الله عنه ـ أيضاً عمل بالمضاربة كما عمل بها عمر ـ رضي الله عنه ـ في الأثر الماضي.

قال أبو عمر[١]: أجمع العلماء على أن القراض سنة معمول بها، وقال عمر وابنه وعائشة وابن مسعود اتّجروا في أموال اليتامى، لا تأكلها الزكاة، وكانوا يضاربون بأموال اليتامى، اهـ.

وقال الموفق[٢]: روي عن حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده أن عمر بن

---

(١) «الاستذكار» (٢١/ ١٢١).

(٢) «المغني» (٦/ ١٣٣).

(٢) باب ما يجوز في القراض

١٤٠٠/ ٣ ـ قَالَ مَالِكٌ: وَجْهُ الْقِرَاضِ الْمَعْرُوفِ الْجَائِزِ، أَنْ يَأْخُذَ الرَّجُلُ الْمَالَ مِنْ صَاحِبِهِ. عَلَى أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ. ....

الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق، وعن الحسن أن علياً ـ رضي الله عنه ـ قال: إذا خالف المضارب فلا ضمان، وعن حكيم بن حزام وابن مسعود ـ رضي الله عنهما ـ أنهما قارضا، ولا مخالف لهما في الصحابة، فحصل إجماعاً، اهـ.

(٢) ما يجوز من القراض

هكذا في النسخ الهندية وفي النسخ المصرية كلها «في القراض»، والأوجه الأول، والمقصود بيان المضاربة الجائزة.

١٤٠٠/ ٣ ـ **(قال مالك: وجه القراض المعروف الجائز)** يعني صورة المضاربة المعروفة بين أهل العلم الجائزة عندهم **(أن يأخذ الرجل)** العامل **(المال من صاحبه)** أي من رب المال.

قال الباجي[1]: هذه سنة القراض، ولو شرطا بقاء المال بيد صاحبه، وإذا اشترى العامل سلعة وزن، وإذا باع قبض الثمن لم يجز ذلك، ووجه ذلك أن هذا معنى قد أخرجهما عن صورة القراض، ومعناه فمنع ذلك صحته؛ لأن ذلك يخرجه عن أن يكون قراضاً، ويجعله إجارة مجهولة العوض، اهـ. **(على أن يعمل فيه)** أي يعمل المضارب في المال. قال الباجي[2]: فإن عمل معه بغير شرط فهو ممنوع في الكثير دون القليل؛ لأن الكثير مقصود في نفسه، ومن أجله أنفق في القراض على ما أنفق فيه، فلذلك أثر في المعاملة، وأما اليسير

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٥١).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٥١).

وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ. وَنَفَقَةُ الْعَامِلِ فِي الْمَالِ، فِي سَفَرِهِ مِنْ طَعَامِهِ وَكِسْوَتِهِ، وَمَا يُصْلِحُهُ بِالْمَعْرُوفِ، بِقَدْرِ الْمَالِ إِذَا شَخَصَ فِي الْمَالِ، إِذَا كَانَ الْمَالُ يَحْمِلُ ذٰلِكَ. فَإِنْ كَانَ مُقِيماً فِي أَهْلِهِ، فَلَا نَفَقَةَ لَهُ مِنَ الْمَالِ، وَلَا كِسْوَةَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُعِينَ الْمُتَقَارِضَانِ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ. إِذَا صَحَّ ذٰلِكَ مِنْهُمَا.

مثل أن يعينه في شراء سلعة أو ينوب عنه في قبض دراهم يسيرة مما يفعله الإنسان لصديقه، فكان الأظهر أن القراض لم ينعقد على ما انعقد عليه لأجله، اهـ. وسيأتي قريباً **(ولا ضمان عليه)** أي على العامل؛ لأنه أمين بشرط أن لا يتعدى، وسيأتي في كلام المصنف قريباً.

(ونفقة العامل) تكون **(في المال)** إذا كان العامل **(في سفره)** لا في الحضر **(من طعامه وكسوته)** بيان للنفقة **(وما يصلحه بالمعروف)** عطف على طعامه، أي وما يحتاج إليه العامل مما يناسب **(بقدر المال)** يعني يتحمله المال أيضاً **(إذا شَخَصَ)** بفتح الشين والخاء المعجمتين والصاد المهملة أي إذا سافر، وهذا توكيد لقوله السابق: في سفره، فتكون **(في المال)** أي في مال المضاربة **(إذا كان المال يحمل ذلك)** أي يتحمله، لا أن يكون المال أقلّ من ذلك، وهذا توضيح لقوله السابق: بقدر المال **(فإن كان)** العامل **(مقيماً في أهله)** وهذا احتراز، وتفريع لقوله: في سفره **(فلا نفقة له من المال ولا كسوة)** وستأتي هذه المباحث مستقلة في الأبواب الآتية، وذكر مالك هذه صورة القراض الجائز.

(قال مالك: ولا بأس) أي يجوز **(أن يعين المتقارضان)** أي رب المال والعامل **(كلُّ واحد منهما صاحبه على وجه المعروف)** والتبرع **(إذا صح ذلك منهما)** بأن لا يكون بالشرط، وتقدم قريباً في كلام الباجي إذا كان يسيراً، وقال أيضاً: وهذا كما قال: فإنه لا بأس بأن يعين العامل رب المال فيما ينفرد به، إذا كانت معونته على وجه المعروف المحض، ولم يكن لأن المال بيده، وهذا

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَشْتَرِيَ رَبُّ الْمَالِ مِمَّنْ قَارَضَهُ بَعْضَ مَا يَشْتَرِي ....

إذا كانت المعونة يسيرة مع كون المال الذي يقرضه بيد صاحبه، فأما أن يبضع معه. فقد قال مالك: يجوز القليل منه دون الكثير، وكره ابن القاسم ما قل منه لشرط، اهـ.

وفي «البدائع»[1]: لو شرط في المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة، سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل؛ لأن شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال، وهو شرط فاسد، ولو سلم المال ولم يشترط عمله، ثم استعان به على العمل جاز؛ لأن الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده، اهـ.

قال الموفق[2]: إذا اشترك بدنان بمال أحدهما، وهو أن يكون المال من أحدهما، والعمل منهما فهذا جائز، نص عليه أحمد في رواية الحارث، وتكون مضاربة؛ لأن غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح بعمله في مال غيره، وهذا هو حقيقة المضاربة، وقال أبو حامد والقاضي وأبو الخطاب: إذا شرط أن يعمل معه رب المال لم يصح، وهذا مذهب مالك والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر، قالوا: ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل، ويخلي بينه وبينه؛ لأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب، فإذا شرط عليه العمل فلم يسلمه؛ لأن يده عليه، فيخالف موضوعها، وتأول القاضي كلام أحمد والخرقي على أن رب المال عمل على غير شرط، اهـ.

وأما إعانة رب المال المضارب بدون الشرط فجائز عندنا أيضاً، كما بسط السرخسي فروعه في «المبسوط»، وتقدم النص به عن «البدائع».

(قال مالك: ولا بأس بأن يشتري رب المال ممن قارضه بعض ما يشتري)

---

(١) «بدائع الصنائع» (٤/١١٧).

(٢) «المغني» (٧/١٣٦).

مِنَ السِّلَعِ. إِذَا كَانَ ذٰلِكَ صَحِيحاً. عَلَى غَيْرِ شَرْطٍ.

قَالَ مَالِكٌ، فِيمَنْ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ وَإِلَى غُلَامٍ لَهُ ....

رب المال **(من السلع)** جمع سلعة بيان لما **(إذا كان ذلك)** الشراء **(صحيحاً على غير شرط)** من رب المال يعني بشرط أن لا يشترط في المضاربة أنه يشتريه، قال الزرقاني[1]: إذا كان صحيحاً على غير شرط بأن لا يتوصل به إلى أخذ شيء من الربح قبل المقاسمة، أو لغير ذلك، سواء اشترى بنقد أو إلى أجل، اهـ.

قال الدردير[2]: جاز اشتراء ربه من العامل شيئاً من مال القراض إن صحَّ القصدُ بأن لا يتوصل به إلى أخذ شيء من الربح قبل المفاصلة بأن يشتري منه كما يشتري من الناس بغير محاباة، قال الدسوقي: قوله: إن صحَّ أي ولم يشترط ذلك عند العقد وإلا منع، اهـ.

قال الباجي[3]: وهذا كما قال: إنه لا بأس أن يشتري رب المال من العامل بعض ما ابتاعه من السلع إذا كان ذلك على وجه الصحة ما لم يكن على وجه الهدية لإبقاء المال بيده، أو ليتوصل بذلك إلى أخذ شيء من الربح قبل المقاسمة، وسواء اشترى منه بنقد أو إلى أجل، ووجه ذلك أنه اشتراها منه بما يتبايع به الناس فقد سلما من التهمة ووجوه الفساد، فجاز ذلك بينهما، اهـ.

وقال الموفق[4]: إذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصح في إحدى الروايتين، وهو قول الشافعي، ويصح في الأخرى، وبه قال مالك والأوزاعي وأبو حنيفة؛ لأنه تعلق حق المضارب به، فجاز له شراؤه، اهـ.

(قال مالك في رجل دفع إلى رجل) أجنبي **(وإلى غلام له)** أي لرب المال

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٤٧).

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ٥٢٦).

(٣) «المنتقى» (٥/ ١٥٣).

(٤) «المغني» (٧/ ١٦٦).

مَالاً قِرَاضاً، يَعْمَلَانِ فِيهِ جَمِيعاً: إِنَّ ذٰلِكَ جَائِزٌ. لَا بَأْسَ بِهِ. لِأَنَّ الرِّبْحَ مَالٌ لِغُلَامِهِ. لَا يَكُونُ الرِّبْحُ لِلسَّيِّدِ. حَتَّى يَنْتَزِعَهُ مِنْهُ. وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ غَيْرِهِ مِنْ كَسْبِهِ.

(مالاً قراضاً) أي للمضاربة **(يعملان فيه جميعاً)** أي يعمل الأجنبي وغلام رب المال في المال **(إن ذلك)** العقد **(جائز لا بأس به لأن الربح)** الذي يحصل من العمل **(مال لغلامه)** يعني الغلام يملكه و**(لا يكون الربح للسيد حتى ينتزعه منه)** أي حتى يأخذ السيد هذا الربح من الغلام **(وهو)** الربح **(بمنزلة غير ذلك)** من الأموال التي تحصل للعبد **(من كسبه)** قال الباجي[1]: وهذا كما قال: إنه إذا دفع إلى عبده مال القراض ورجل آخر ليكون الربح بينهما، فإنه جائز، وهما بمنزلة الأجنبيين. والعبد يكون مع العامل على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون عاملاً معه والربح بينهما، **والثاني**: أن يكون خادماً للمال ولا شيء له من الربح، **والثالث**: أن يكون أميناً عليه وحافظاً له، فإن كان عاملاً فيه والربح بينهما وهما تاجران أمينان فهو جائز، خلافاً لأبي ثور في منعه ذلك، وأما إن كان العبد لخدمة المال فهو جائز إذا كان المال كثيراً يحتاج إلى من يخدمه ويعينه، وأما إن كان معه من يحفظ المال منه فذلك غير جائز.

وقال في موضع آخر: أما معونة الغلام فإن كان شرط العامل خدمته في المال الكثير الذي يحتاج إلى المعونة فيه، فاختلف فيه قول مالك، فإذا قلنا: إن ذلك جائز، فالفرق بينه وبين رب المال أن العامل إذا عمل في ماله نظر فيه بالحفظ له، وذلك غير جائز، كما لو جعل غلامه أو وكيله معه ليحفظ عليه، فإن ذلك غير جائز، وإنما يجوز إذا كان بمجرد الخدمة والمعونة، ولو أعانه بغلامه من غير شرط فلا بأس بذلك على القولين، اهـ.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٥٤).

....

قال: وقوله: لأن الربح لغلامه لا يكون الربح للسيد حتى ينتزعه، يريد أن ما أبرزته للغلام القسمة من الربح فهو ملك له، ولا يملكه السيد بعد القسمة إلا بالانتزاع، ولو كانت حصته من الربح للسيد لم يؤثر ذلك فساداً في القراض من جهة الجهل؛ لأنه لو دفع رجل مالاً قراضاً إلى عامل على أي جزء اتفقا عليه جاز ذلك، فلا يبطل القراض بإضافة حصة أحد العاملين إلى حصة رب المال، وإذا قلنا: إن العبد يملك حصته من الربح حتى ينتزعها منه السيد، فإنما ينوب عن نفسه، وعمله له، وهو وغيره من العاملين يملكون حصتهم من الربح بالقسمة، وهذا هو المشهور من مذهب مالك، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: يملك بالظهور، وقد روى ابن القاسم عن مالك مسائل تقتضي ذلك، وقوله: هو بمنزلة غير ذلك من كسبه يريد أنه في ملك العبد دون السيد، وإنما ينتقل إلى السيد بالانتزاع، وهو مذهب مالك في أن العبد يملك، خلافاً للشافعي في قوله: لا يملك العبد، اهـ.

وقال الموفق[1]: إن شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح، وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر الصحابة، ومنعه بعضهم وهو قول القاضي؛ لأن يد الغلام كيد سيده، وقال أبو الخطاب: فيه وجهان؛ أحدهما: الجواز لأن عمل الغلام مال لسيده، فصحَّ ضَمُّه إليه، كما يصح أن يضم إليه بهيمة يعمل عليها، اهـ. وقال أيضاً في موضع آخر: أما ملك العامل نصيبه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة، فظاهر المذهب أنه يثبت هذا الذي ذكره القاضي مذهباً. وبه قال أبو حنيفة، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى أنه لا يملكه إلا بالقسمة، وهو مذهب مالك، وللشافعي قولان كالمذهبين، اهـ.

---

(١) «المغني» (١٣٦/٧).

(٣) باب ما لا يجوز في القراض

١٤٠١/ ٤ ـ قَالَ مَالِكٌ: إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ. فَسَأَلَهُ أَنْ يُقِرَّهُ عِنْدَهُ قِرَاضاً: إِنَّ ذٰلِكَ يُكْرَهُ حَتَّى يَقْبِضَ مَالَهُ. ثُمَّ يُقَارِضُهُ بَعْدُ، ....

وفي «الهداية»[1]: إذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز؛ لأن للعبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له، واشتراط العمل إذن له بخلاف اشتراط العمل على رب المال، ـ إذ يفسد ـ لأنه مانع من التسليم أي المال، وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى؛ لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين، وإن كان عليه دين فهو للغرماء، اهـ.

وقال ابن رشد[2]: اختلفوا في اشتراط العامل على رب المال غلاماً بعينه على أن يكون للغلام نصيب من المال، فأجازه مالك والشافعي وأبو حنيفة، وقال أشهب من المالكية: لا يجوز ذلك، فمن أجازه شَبّه بالرجل يقارض الرجلين، ومن منعه رأى أنها زيادة ازدادها العامل على رب المال، اهـ.

(٣) ما لا يجوز من القراض

هكذا بلفظ «من» في النسخ الهندية، وبلفظ «في القراض» في النسخ المصرية، والمقصود بيان القراض الفاسد.

١٤٠١/ ٤ ـ **(قال مالك: إذا كان لرجل على رجل)** أي لزيد على عمرو مثلاً **(دينٌ فسأله)** أي سأل عمرو زيداً **(أن يقره)** بضم أوله وكسر القاف، أي يبقي زيد هذا الدين **(عنده)** أي عند عمرو **(قراضاً)** أي يضارب فيه عمراً **(إن ذلك يكره)** أي لا يجوز **(حتى يقبض)** زيد **(ماله)** من عمرو **(ثم يقارضه)** أي عمراً **(بعدُ)** بالضم

---

(١) (٢/ ٢٠٦).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٣٩).

أَوْ يُمْسِكُ. وَإِنَّمَا ذٰلِكَ، مَخَافَةَ أَنْ يَكُونَ أَعْسَرَ بِمَالِهِ. فَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يُؤَخِّرَ ذٰلِكَ. عَلَى أَنْ يَزِيدَهُ فِيهِ.

أي بعد القبض إن شاء (**أو يمسك**) عنده إن شاء (**وإنما ذلك**) أي عدم الجواز (**مخافة**) أي لخوف (**أن يكون**) عمرو (**أعسر بماله**) أي تعذر عليه أداؤه (**فهو**) أي عمرو (**يريد أن يؤخر**) زيد(**ذلك**) أي الأداء (**على أن يزيده**) أي يزيد عمرو زيداً (**فيه**) أي في ماله، فيكون ذريعة للربا.

قال الباجي[1]: وهذا كما قال: إنه لا يجوز أن يُقِرَّ الدينَ بيد من هو عليه على وجه القراض، ويدخله ما قال من الزيادة في الدين للتأخير به؛ لأنه قد يرضى بالجزء اليسير من أجل بقاء الدين عنده فيفتضح بإحضاره، ولولا ذلك لما رضي بمثله، اهـ.

قال الزرقاني[2]: ووافق مالكاً الشافعي على الحكم. وعلَّله بأن ما في الذمة لا يعود أمانة حتى يقبض، اهـ.

وقال ابن رشد[3]: جمهور العلماء مالك والشافعي وأبو حنيفة على أنه إذا كان لرجل على رجل دين لم يجز أن يعطيه له قراضاً قبل أن يقبضه، أما العلة عند مالك فمخافة أن يكون أعسر بماله فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيد فيه، فيكون الربا المنهي عنه، وأما العلة عند الشافعي وأبي حنيفة، فإن ما في الذمة لا يتحول ويعود أمانة، اهـ.

وقال الموفق[4]: لا يجوز أن يقال لمن عليه دين: ضَارِبْ بالدين الذي عليك، نص عليه أحمد، وهو قول أكثر أهل العلم، ولا نعلم فيه مخالفاً. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٥٥).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٤٨).

(٣) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٣٧).

(٤) «المغني» (٧/ ١٨٢).

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً. فَهَلَكَ بَعْضُهُ قَبْلَ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ. ثُمَّ عَمِلَ فِيهِ فَرَبِحَ. فَأَرَادَ أَنْ يَجْعَلَ رَأْسَ الْمَالِ بَقِيَّةَ الْمَالِ. بَعْدَ الَّذِي هَلَكَ مِنْهُ، قَبْلَ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ. قَالَ مَالِكٌ: لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ. وَيُجْبَرُ رَأْسُ الْمَالِ مِنْ رِبْحِهِ. ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ مَا بَقِيَ بَعْدَ رَأْسِ الْمَالِ عَلَى شَرْطِهِمَا مِنَ الْقِرَاضِ.

الرجل ديناً له على رجل مضاربة، وممن حفظنا ذلك عنه: عطاء والحكم وحماد ومالك والثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي، وبه قال الشافعي.

وقال بعض أصحابنا: يحتمل أن تصح المضاربة؛ لأنه إذا اشترى شيئاً للمضاربة، فقد اشتراه بإذن رب المال، ودفع الدين إلى من أذن له في دفعه إليه فتبرأ ذمته، والمذهب الأول؛ لأن المال الذي في يدي من عليه الدين له، وإنما يصير لغريمه بقبضه، ولم يوجد القبض ههنا، اهـ.

(قال مالك في رجل دفع إلى رجل) أي في زيد دفع إلى عمرو مثلاً **(مالاً قراضاً)** أي ليضارب فيه **(فهلك بعضه)** أي بعض المال عند عمرو **(قبل أن يعمل فيه)** عملاً **(ثم عمل)** عمرو **(فيه)** أي فيما بقي **(فربح)** فيه **(فأراد)** عمرو **(أن يجعل)** زيد **(رأس المال بقية المال)** يعني الذي بقي **(بعد الذي هلك منه، قبل أن يعمل فيه، قال مالك: لا يقبل قوله)** أي قول عمرو، ولا يعمل بهواه في ذلك **(ويجبر)** بالجيم والموحدة في جميع النسخ المصرية والنسخ الهندية القديمة، فما في بعض النسخ الهندية الجديدة بالخاء والياء تحريف من الناسخ أي يكمل **(رأس المال من ربحه)** أولاً.

(ثم يقتسمان) أي رب المال والمضارب **(ما بقي بعد رأس المال)** أي ما بقي من الربح بعد تكميل رأس المال **(على شرطهما من القراض)** متعلق بيقتسمان، يعني على ما شرطا من النصف والثلث وغير ذلك.

قال الباجي[1]: هذا على ما قال: إن هلاك بعض المال قبل أن يعمل به

---

(١) «المنتقى» (٥/١٥٦).

....

لا يغير حكم رأس المال، بل هو على ما عقدا عليه، وقبض العامل من المال؛ لأن القراض على ذلك انعقد بينهما، فمتى ربح بعد ذلك جبر ما نقص من المال بالربح، فإن فضلت بعد ذلك الجبر فضلة، فذلك جميع الربح، ولو اتفقا بعد النقص على إسقاط ما هلك من رأس المال، واستئناف القراض بما بقي منه فقد اختلف فيه أصحابنا، فالذي رواه ابن القاسم عن مالك أنه لا يصح ذلك إلا بعد أن يقبض رب المال بقية ماله قبضاً صحيحاً، ثم يدفعه بعد ذلك إليه قراضاً مستأنفاً.

وروى ابن حبيب عن مالك وابن الماجشون أنهما إذا تحاسبا، فأقرَّا ما بقي بعد الخسارة رأس مال القراض، فإن ذلك يكون تقاضيا صحيحاً، وما عقداه من القراض عقداً مستأنفاً أحضر المال أو لم يحضره، وأما إن كان على وجه الإجبار لا على وجه المفاصلة فإن حكم القراض الأول باقٍ، اهـ.

وقال الزرقاني[1]: لو صحّ التلف قبل الشروع في العمل لم يكن رأس المال إلا ما بقي، وهو ما نقله ابن حبيب عن أصحاب مالك كلهم، وقال عيسى: هو أحبُّ إلى ابن عبد البر، وعليه جمهور الفقهاء وهو أولى بالصواب، وفي «المدونة» عن ابن القاسم: لا يكون كذلك حتى يقبض منه المال ثم يَردُّه قراضاً ثانياً، وإلا فهو على الأول يجبر التلف بالربح، اهـ. وهذا كله في تلف البعض.

أما في تلف الكل فلا يجبر بربح الثاني التالف الأول، قال الدردير[2]: يجبر ما تلف منه بسماوي أو أخذ لصٍ إن حصل التلف بعد العمل، بل وإن حصل تلف بعضه قبل العمل، ومعنى الجبر بالربح أنه يكمل منه أصل المال،

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٤٨).
(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ٥٢٩).

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَصْلُحُ الْقِرَاضُ إِلَّا فِي الْعَيْنِ مِنَ الذَّهَبِ أَوِ الْوَرِقِ وَلَا يَكُونُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْعُرُوضِ وَالسِّلَعِ، ....

ثم إن زاد شيء يقسم بينهما على ما شرطا، ومعلوم أن الجبر إنما يكون إذا بقي شيء من المال، فإن تلف جميعُه، فأتاه ربه ببدله، فربح الثاني، فلا يجبر ربحه الأول، وهو ظاهر، لأنه قراض ثانٍ، اهـ.

وقال الموفق[1]: إذا دفع إلى المضارب ألفين، فتلف أحد الألفين قبل الشراء به، والتصرف فيه، أو تلف بعضه انفسخت المضاربة فيما تلف، وكان رأس المال الباقي خاصّةً، وقال بعض الشافعية: مذهب الشافعي أن التالف من الربح، ورأس المال ألفان معاً؛ لأن المال إنما يصير قراضاً بالقبض، فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف وبعده.

ولنا، أنه مال هلك قبل التصرف فيه، فكان رأس المال الباقي، كما لو تلف قبل القبض، وفارق ما بعد التصرف؛ لأنه دَارَ في التجارة، وشَرَعَ فيما قُصِدَ بالعقد من التصرفات المؤدية إلى الربح، اهـ.

وقال السرخسي في «المبسوط»: لو دفع إليه ألف درهم مضاربةً بالنصف، فضاعت قبل أن يشتري بها شيئاً فقد بطلت المضاربة لفوات محلها، بخلاف ما إذا ضاعت بعد الشراء بها؛ لأن حكم المضاربة بالشراء تحول إلى المشتري، فبهلاك الألف بعد ذلك لا يفوت محل المضاربة، اهـ.

(قال مالك: لا يصلح) بضم اللام أي لا يجوز **(القراض)** المضاربة **(إلا في العين من الذهب أو الورق)** قال الزرقاني[2]: لأنها قيم المتلفات وأصول الأثمان، ولا يدخل أسواقها تغير، وما يدخله تغير الأسواق لا يجوز القراض به **(و)** لذا **(لا يكون في شيء من العروض والسلع)** كالعنب، جمع سلعة، وهو

---

(١) «المغني» (٧/ ١٦٨).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٤٨).

....

المتاع، قال صاحب «المحلى»: وبه قال أبو حنيفة أيضاً: إنه لا يصح إلا بالدراهم والدنانير، وكذا بالتبر والنقرة إن تعاملوا بهما عند الإمام الأعظم وأبي يوسف، وكذا بالفلوس الرائجة عند محمد، وعند الشافعي يجوز بالدراهم والدنانير فقط.

وقال ابن رشد[١]: أجمعوا على أنه جائز بالدنانير والدراهم، واختلفوا في العروض، فجمهور فقهاء الأمصار على أنه لا يجوز بالعروض، وجَوَّزه ابنُ أبي ليلى، أما إن كان رأس المال ما به يباع العروض. فإن مالكاً منعه، والشافعي أيضاً، وأجازه أبو حنيفة، وعمدة مالك أنه قارض على ما بيعت به السلعة، وعلى بيع السلعة نفسها، فكأنه قراض ومنفعة مع أن ما يبيع به السلعة مجهول، فكأنه إنما قارض على رأس مال مجهول، اهـ.

وقال الباجي[٢]: هذا كما قال: إنه لا يجوز القراض بغير الدنانير والدراهم؛ لأنها أصول الأثمان وقيم المتلفات، ولا يدخل أسواقها تغيير،فلذلك يصح القراض بها، فأما ما يدخله تغير الأسواق من العروض، فلا يجوز القراض به، ووجه ذلك أنه قد يأخذ العامل العرض قراضاً، وقيمته مائة دينار. فيتّجر في المال، فيربح مائة، فيرده وقيمته مائتان، فيصير الربح كله لرب المال، ولا يحصل للعامل شيء، وقد لا يربح، فيرده وقيمته خمسون، فيبقى بيده من رأس المال خمسون، فيأخذ نصفها، وهو لم يربح شيئاً. وأما بالفلوس فقد قال ابن القاسم: لا يجوز ذلك، وروي عن أشهب في «الأمهات» أنه أجاز القراض بها.

وجه القول الأول أن الفلوس ليست بأصل في الأثمان، ولذا لا تجري

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٣٦).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٥٦).

....

مجرى العين في تحريم التفاضل، وبيعها بالعين نسْأً، فلم يجز القراض بها كالعروض، ووجه القول الثاني أنه لا يتعين بالعقد، فصح القراض بها، كالدنانير والدراهم، اهـ.

وقال الموفق(١): لا خلاف في أنه يجوز جَعْلُ رأس المال الدراهم والدنانير، فإنها(٢) قيم الأموال وأثمان البياعات، والناس يشتركون بها من لدن النبي ﷺ إلى زماننا من غير نكير، فأما العروض فلا تجوز الشركة فيها في ظاهر المذهب، نصَّ عليه أحمدُ في رواية أبي طالب وحرب، وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن أبي كثير والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي، لأن الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها، ولا يجوز وقوعها على أعيانها؛ لأن الشركة تقتضي الرجوع عند المفاصلة برأس المال، أو بمثله، وهذه لا مثل لها، فيرجع إليه، وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر، فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال، وقد تنقص قيمته، فيؤدي إلى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح، ولا على قيمتها؛ لأنَ القيمة غير متحققة القدر، فيفضي إلى التنازع، وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته، ولا يجوز وقوعها على أثمانها؛ لأنها معدومة حال العقد، ولا يملكانها، ولأنه إن أراد ثمنها الذي اشتراها به، فقد خرج عن مكانه، وصار للبائع، وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به، فإنها تصير شركة معلقة على شرط، وهو بيع الأعيان، ولا يجوز ذلك، وعن أحمد رواية أخرى، أن الشركة والمضاربة تجوز بالعروض، وتُجْعَل قيمتُها وقت العقد رأس المال.

قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضاربة بالمتاع؟ فقال: جائز، فظاهر هذا صحة الشركة بها، اختار هذا أبو بكر وأبو الخطاب، وهذا

(١) «المغني» (٧/ ١٢٣).

(٢) في نسخة: فإنهما.

....

قول مالك وابن أبي ليلى، وبه قال في المضاربة طاووس والأوزاعي وحمادُ بن أبي سليمان؛ لأن مقصود الشركة جواز تصرفها في المالين، وكون ربح المالين بينهما، وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأثمان، فيجب أن تصح الشركة والمضاربة بها كالأثمان، ويرجع كل واحد منهما عند المفاصلة بقيمة ماله عند العقد.

وقال الشافعي: إن كانت العروض من ذوات الأمثال، كالحبوب والأدهان جازت الشركة بها في أحد الوجهين؛ لأنها من ذوات الأمثال أشبهت النقود، ويرجع عند المفاصلة بمثلها، وإن لم تكن من ذوات الأمثال لم يجز، وجهاً واحداً.

ولنا، أنه نوعُ شركةٍ، فاستوى فيها ماله مِثْلٌ، وما لا مِثْل له، كالمضاربة، وقد سَلَّم أن المضاربة لا تجوز بشيء من العروض، ثم الحكم في النقرة كالحكم في العروض؛ لأن قيمتها تزيد وتنقص، وكذلك الحكم في المغشوش من الأثمان قَلَّ الغش أو كَثُر، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إن كان الغش أقل من النصف جاز، وإن كثر لم يجز؛ لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول.

ولنا، أن قيمتها تزيد وتنقص أشبهت العروض، اللَّهم إلا أن يكون الغش قليلاً جداً لمصلحة النقد، فلا اعتبار به؛ لأنه لا يمكن التحرز منه، ولا يؤثر في الربا ولا في غيره، ولا تصحّ الشركة بالفلوس، وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وابن القاسم صاحب مالك.

ويتخرَّجُ الجوازُ إذا كانت نافقةً، وهذا قول محمد بن الحسن وأبي ثور؛ لأنها ثمنٌ، فجازت الشركة بها، كالدراهم والدنانير، ويحتمل جواز الشركة بها على كل حال، نافقةً كانت أو غير نافقةٍ، بناءً على جواز الشركة بالعروض، اهـ. قلت: وما حكي من مذهب مالك جواز المضاربة بالعروض يأبى عنه ما تقدم من تصريح «الموطأ» وغيره من الباجي وغيره.

وَمِنَ الْبُيُوعِ، مَا يَجُوزُ إِذَا تَفَاوَتَ أَمْرُهُ وَتَفَاحَشَ رَدُّهُ. فَأَمَّا الرِّبَا، فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ فِيهِ إِلَّا الرَّدُّ أَبداً، وَلَا يَجُوزُ مِنْهُ قَلِيلٌ وَلَا كَثِيرٌ. وَلَا يَجُوزُ فِيهِ مَا يَجُوزُ فِي غَيْرِهِ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ ....

وقال الدردير[١]: القراض توكيل على تجرٍ في نقد ذهب أو فضة مضروب لا بعروض ولا بِتبْر، ونقار فضة، قال الدسوقي في قوله: لا بعروض، منها الفلوس الجدد، وظاهره عدم الصحة، إذا كان رأس المال عرضاً، ولو كان يتعامل به ولو انفرد التعامل به قصراً للرخصة على موردها، لكن قال بعضهم: إن الدراهم والدنانير ليست مقصودة لذاتها حتى يمتنع القراض بغيرها حيث انفرد التعامل به، اهـ. وسيأتي أوضح من ذلك في «باب القراض في العروض» إذ ردَّه مالك مدللاً.

(قال مالك) هكذا في نسخة «المنتقىٰ» وليس في غيرها من جميع النسخ المصرية والهندية هذا اللفظ، بل في جميعها ألحق الكلام الآتي بالقول السابق، وسيأتي وجه ذكر هذا الكلام ههنا في آخر الكلام **(ومن البيوع)** الممنوعة أي من أنواعها خبر مقدم **(ما يجوز)** أي يمضي ولا يُرَدُّ، وفي بعض النسخ المصرية بدل ذلك «ما لا يجوز» وهو ليس بوجيه، وتحريف من الناسخ **(إذا تفاوت أمره)** بأن فات المبيع مثلاً بالبيع وغيره **(وتفاحش ردّه)** يعني يكون في رد البيع فحش ومضرة أخرى **(فأما الربا)** المحرم وما في معناه من البيوع المحرمة **(فإنه لا يكون فيه إلا الرد أبداً)** سواء تفاوت أمره وتفاحش رده أو لا.

(ولا يجوز منه) أي لا يمضي **(قليل ولا كثير)** بل يرد بكل حال **(ولا يجوز فيه)** أي في الربا والبيوع المحرمة **(ما يجوز في غيره)** من البيوع المكروهة **(لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه)** المجيد في أمر الربا: (﴿وَإِن تُبْتُمْ﴾) أي رجعتم عن الربا (﴿فَلَكُمْ رُءُوسُ﴾) جمع رأس أي أصول (﴿أَمْوَٰلِكُمْ﴾) أي رأس

---

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ٥١٧).

لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾.

المال فقط بدون الزيادة (﴿لَا تَظْلِمُونَ﴾) بزيادة (﴿وَلَا تُظْلَمُونَ﴾)[1] بنقصان فلم يبح فيه شيئاً من القليل والكثير.

قال الباجي[2]: وهذا كما قال: إن من البيوع بيوعاً مكروهة، فإن فات أمضى عقده، ولم ينتقض، ولم يغير كبيع الحَبِّ بعد أن أفرك، وقبل أن ييبس، وبيع الثمر بعد أن أزهى، قال ذلك عيسى، وزاد فيه إن من البيوع المكروهة التي تجري ما تقدم ذكره ما إذا فات نظر فيه إلى أن قال: وأما الذي لا يفوت، فالبيع الحرام يفسخ ما لم يفت، فإذا فات رد إلى القيمة، اهـ.

قال ابن رشد[3]: اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت بإحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوالة سوق أن حكمها الرد، أعني أن يرد البائع الثمن والمشتري المثمون، واختلفوا إذا قبضت وتصرف فيها بعتق أو هبة أو بيع أو غير ذلك من سائر التصرفات.

هل ذلك فوت يوجب القيمة؟ وكذلك إذا نمت أو نقصت. فقال الشافعي: ليس ذلك كله فوتاً ولا شبهة ملك في البيع الفاسد، وإن الواجب الرد، وقال مالك: كل ذلك فوت يوجب القيمة إلا ما رَوَىٰ عنه ابنُ وهب في الربا أنه ليس بفوت، ومثل ذلك قال أبو حنيفة.

والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم إلى محرمة، وإلى مكروهة، فأما المحرمة فإنها إذا فاتت مضت بالقيمة، وأما المكروهة فإنها إذا فاتت صَحَّتْ عنده، وربما صحّ عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك، فالشافعية تشبه البيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٩.

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٥٧).

(٣) «بداية المجتهد» (٢/ ١٩٣).

....

عينه، كبيع الخمر والخنزير، فليس عندهم فيها فوت، ومالك يرى أن النهي في هذه الأمور إنما هو لمكان عدم العدل فيها، فإذا فاتت السلعة، فالعدل فيها، الرجوع بالقيمة؛ لأنه قد تقبض السلعة، وهي تساوي ألفاً، وترد، وهي تساوي خمسمائة، أو بالعكس، ولذلك يرى مالك حوالة الأسواق فوتاً في المبيع الفاسد، ومالك في هذه المسألة أفقه من الجميع، اهـ.

وفي «الدر المختار»[١]: كل ما أورث خللاً في ركن البيع فهو مبطل، وما أورثه في غيره فمفسد، قال ابن عابدين: قوله: في ركن البيع هو الإيجاب والقبول،بأن كان من مجنون أو صبي لا يعقل، وكان عليه أن يزيد أو في محله أعني المبيع، فإن الخلل فيه مبطلٌ بأن كان المبيع ميتةً أو دماً، وفي «شرح مسكين»: الضابط فيه أن أحد العوضين إذا لم يكن مالاً في دين سماوي فالبيع باطل، سواء كان مبيعاً أو ثمناً، فبيع الميتة والدم والحر باطل، وكذا البيع به وإن كان في بعض الأديان مالاً دون البعض، إن أمكن اعتباره ثمناً فالبيع فاسد. فبيع العبد بالخمر فاسد، وإن تعين كونه مبيعاً، فالبيع باطل، فبيع الخمر بالدراهم باطل.

وقوله: وما أورثه في غيره أي في غير الركن، وكذا غير المحل، وذلك بأن كان في الثمن بأن يكون خمراً مثلاً أو بأن كان من جهة كونه غير مقدور التسليم، أو فيه شرط مخالف لمقتضى العقد، فيكون البيع بهذه الصفة فاسداً لا باطلاً، اهـ.

ثم قال صاحب «الدر»: وحكم البيع الباطل عدم ملك المشتري إياه إذا قبضه، وإذا قبض المشتري المبيع برضا بائعه في مجلس العقد في البيع الفاسد بخلاف الباطل ملكه، اهـ.

---

(١) (٥/١٦٧).

....

وفي «الهداية»[(١)]: إذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع ملك المبيع ولزمته قيمته، وقال الشافعي: لا يملكه وإن قبضه؛ لأنه محظور، فلا ينال به نعمة الملك، ولأن النهي نسخٌ للمشروعية للتضاد، ولهذا لا يقيده قبل القبض، ولنا، أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله، فوجب القول بانعقاده، وإنما المحظور ما يجاوره، كما في البيع وقت النداء، إلى آخر ما بسطه.

قال الزرقاني[(٢)]: قال أبو عمر: هذه المسألة وقعت ههنا من رواية يحيى، وهو قول صحيح، وقال الباجي[(٣)]: قال ابن المزين: إنما خرج مالك من مقالته في صدر المسألة في القراض إلى ذكر البيوع، وما اختلف من ذكر مكروهها وحرامها، وإنما هو مثل ضربه اعتزى فيه أن للقراض مكروهاً وحراماً. كالبيوع لها مكروه وحرام، فمكروه القراض ما كان منه إذا فات بالعمل يرد فيه العامل إلى قراض مثله، مثل المقارض بالسلعة، والمقارض على الضمان، والمقارض يشرط، أو يشترط عليه أن لا يردّ المال إلى أجل مسمى، فهذا وشبهه مكروه القراض، ويرد إلى قراض مثله.

وحرام القراض ما كان منه يرد المقارض بعد العمل إلى أجرة مثله، ويخرج عن ربح القراض، كما أن البيع في البيوع الحرام ويرجع عند فوات السلعة إلى قيمتها، وإن كان ذلك دون الثمن الذي باع به، أو أكثر، فهذا تأويل هذه المقالة التي قالها مالك، وهذا الذي ذكره ابن مزين في إيراد مسألة البيوع الفاسدة بإثر مسائل القراض لا بأس به في أن المراد به تمثيل القراض الفاسد بالبيوع الفاسدة.

---

(١) (٢/ ٥١).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٤٩).

(٣) «المنتقى» (٥/ ١٥٨).

....

وما ذكره في ثبوت الحكم في القراض الحرام والمكروه متنازع، وذلك أن القراض الفاسد اختلف أصحابنا في الواجب به إذا فات، قال القاضي أبو محمد: الظاهر أنه يُرَدُّ إلى قراض المثل، وبه قال أشهب وابن الماجشون من رواية ابن حبيب عنه، وروي عن مالك يرد في ذلك كله إلى أجرة المثل، ذكر هذه الرواية القاضي أبو محمد، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وروي عن مالك يرد بعض القراض الفاسد إلى قراض المثل، وبعضه إلى أجرة المثل، حكاها عنه ابن حبيب، وقال بهذا ابن القاسم وابن عبد الحكم وابن نافع ومطرف وأصبغ.

واختلف أصحابنا في تفسير ذلك، فقال ابن حبيب: أصل ذلك أن كل زيادة يشترطها أحدهما في المال داخلة فيه ليست بخارجة عنه، ولا خالصة لمشترطها، فذلك يرد إلى قراض المثل، وكل زيادة ازدادها خارجة من المال، أو خالصة لأحدهما، فإن هذا يرد إلى إجارة المثل، وكل خطر وغرر يتعاملان عليه خرجا فيه عن سنة القراض، فهو في ذلك أجير، وحكى أبو محمد عن ابن القاسم أن معنى ذلك إن طال الفساد من جهة العقد، فإنه يرد إلى قراض المثل، وإن كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر، فإنه يرد إلى إجارة المثل.

فهذا الذي ذكره ابن حبيب في التقسيم غير ما ذهب إليه ابن مزين، وإنما كان يجب على ما ذكره مالك في البيوع الفاسدة أن لو قال: كل قرض أوقع على وجه مكروه، ووجدت فيه شروط الصحة، فإنه يترك إذا وقع وفات، وما كان حراماً لم يوجد فيه شروط الصحة، فإنه يرد أبداً وإن فات كان فيه قراض المثل ولكن مالكاً إنما قصد إلى أن حكم القراض المكروه مخالف لحكم القراض الفاسد، كما أن حكم البيع المكروه مخالف لحكم البيع الفاسد، ولم يقصد إلى التسوية بين المكروه منها، اهـ.

....

وقال الموفق[١]: الشروط الفاسدة تنقسم إلى ثلاثة أقسام: **أحدها**: ما يُنَافي مقتضى العقد، مثل أن يشترط لزوم المضاربة أو لا يبيع إلا برأس المال أو أقل أو لا يبيع إلا ممن اشترى منه أو شرط أن يوليه ما اختاره من السلع أو نحو ذلك، فهذه شروط فاسدة؛ لأنها تفوت المقصود من المضاربة، وهو الربح.

الثاني: ما يعود بجهالة الربح، مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولاً أو ربح أحد الكسبين، أو ما يربح في هذا الشهر، أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة، أو يشترط جزءاً من الربح لأجنبي، فهذه شروط فاسدة؛ لأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح، أو إلى فواته بالكلية، ومن شرط المضاربة كون الربح معلوماً.

الثالث: اشتراط ما ليس من مصلحة العقد، ولا مقتضاه، مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرضاً أو يرتفق ببعض السلع، مثل أن يلبس الثوب، ويستخدم العبد، ويركب الدابة، أو يشترط على المضارب ضمان المال، أو شرط المضارب على رب المال شيئاً من ذلك، فهذه كلها شروط فاسدة.

ومتى اشترط شرطاً فاسداً يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة، وما عدا من ذلك من الشروط الفاسدة، فالمنصوص عن أحمد في أظهر الروايتين عنه، أن العقد صحيح؛ لأنه عقد يصحّ على مجهول، فلم تبطله الشروط الفاسدة، كالنكاح، وذكر القاضي رواية أخرى أنها تفسد العقد.

وفي المضاربة الفاسدة ثلاثة فصول: **أحدها**: أنه إذا تصرف نفذ تصرفه؛ لأنه أذن له في التصرف، فإذا بطل العقد بقي الإذن، فملك به التصرف كالوكيل.

(١) «المغني» (٧/ ١٧٩).

....

الثاني: أن الربح كله لرب المال؛ لأنه نماء ماله، وإنما يستحق العامل بالشرط، فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق منه شيئاً، وكان له أجر مثله، نص عليه أحمد، وهو مذهب الشافعي، واختار الشريف أبو جعفر أن الربح بينهما، قال أبو يعلى: والمذهب ما حكينا، وحكي عن مالك أنه يرجع إلى قراض المثل، وحكي عنه أنه إن لم يربح فلا أجر له، ومقتضى هذا أنه إن ربح فله الأقل مما شرط له أو أجر مثله، ويحتمل أنه يثبت عندنا مثل هذا؛ لأنه إذا كان الأقل ما شرط له فقد رضي بالأقل فلا يستحق أكثر منه.

ولنا: أن تسمية الربح من توابع المضاربة، فإذا فسدت فسدت أركانها وتوابعها، وإذا لم يجب له المسمى وجب أجر المثل؛ لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى، فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله إليه.

الثالث: أنه لا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعدّيه؛ لأن ما كان القبض في صحيحه مضموناً، كان مضموناً في فاسده، وما لم يكن مضموناً في صحيحه لم يضمن في فاسده، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن، انتهى مختصراً.

وفي «الهداية»[1]: كل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلاف مقصوده وغيرذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها، ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب، انتهى.

قال ابن رشد[2]: اتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه، وردُّ المال إلى صاحبه ما لم يفت بالعمل، واختلفوا إذا فات بالعمل ما يكون للعامل فيه في واجب عمله على أقوال:

---

(١) (٢/ ٢٠١).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٤٢).

(٤) باب ما يجوز من الشرط في القراض

أحدها: أنه يُرَدُّ جميعه إلى قراض مثله، وهي رواية ابن الماجشون عن مالك، وهو قوله وقول أشهب.

والثاني: أنه يردّ جميعه إلى إجارة مثله، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وعبد العزيز بن أبي سلمة من أصحاب مالك، وحكى عبد الوهاب أنه رواية عن مالك.

والثالث: أنه يرد إلى قراض مثله ما لم يكن أكثر مما سماه، وإنما له الأقل مما سماه، أو من قراض مثله إن كان رب المال هو مشترط الشرط على المقارض، أو الأكثر من قراض مثله، أو من الجزء الذي سمى له إن كان المقارض هو مشترط الشرط الذي يقتضي الزيادة التي من قبلها فسد القرض، وهذا القول يتخرج رواية عن مالك.

والرابع: أنه يردّ إلى قراض مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه في المال مما ليس ينفرد أحدهما بها عن صاحبه، وإلى إجارة مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين خالصة لمشترطها مما ليست في المال، وفي كل قراض فاسد من قبل الجهل والغرر، وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ، واختاره ابن حبيب، وأما ابن القاسم، فاختلف قوله في القراضات الفاسدة، فبعضها وهو الأكثر، قال: إن فيها أجرة المثل، وفي بعضها قال: فيها قراض المثل، واختلف الناس في تأويل قوله إلى آخر ما بسط من تأويل قوله.

(٤) ما يجوز من الشرط في القراض

هكذا في جميع النسخ المصرية[١] والهندية القديمة، وهو الصواب، فما

(١) انظر: «الاستذكار» (٢١/ ١٤٠).

١٤٠٢/ ٥ ـ قَالَ يَحْيَىٰ قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً. وَشَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا تَشْتَرِيَ بِمَالِي إِلَّا سِلْعَةَ كَذَا وَكَذَا. أَوْ يَنْهَاهُ أَنْ يَشْتَرِيَ سِلْعَةً بِاسْمِهَا.

قَالَ مَالِكٌ: مَنِ اشْتَرَطَ عَلَى مَنْ قَارَضَ أَنْ لَا يَشْتَرِيَ حَيَوَاناً أَوْ سِلْعَةً بِاسْمِهَا، فَلَا بَأْسَ بِذٰلِكَ. وَمَنِ اشْتَرَطَ عَلَى مَنْ قَارَضَ أَنْ لَا يَشْتَرِيَ إِلَّا سِلْعَةَ كَذَا وَكَذَا، فَإِنَّ ذٰلِكَ مَكْرُوهٌ. إِلَّا أَنْ تَكُونَ السِّلْعَةُ، الَّتِي ....

في بعض النسخ الهندية الجديدة بلفظ: ما لا يجوز، تحريف من الناسخ، فإن المقصود ههنا بيان الشروط الجائزة، وأما التي لا تجوز، فسيأتي بيانها في الترجمة الآتية.

١٤٠٢/ ٥ ـ **(قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً)** أي على سبيل المضاربة **(وشرط)** رب المال **(عليه)** أي على المضارب **(أن لا يشتري بماله)** وفي النسخ المصرية: «أن لا تشتري بمالي» **(إلا سلعة كذا وكذا)** أي سلعة يسميها بعينها **(أو ينهاه أن يشتري)** بماله **(سلعة)** عينها **(باسمها)** فقال: لا تشتر سلعة فلانة.

(قال مالك) في الصورتين المذكورتين: إنّ **(من اشترط على من قارض أن لا يشتري حيواناً)** مثلاً **(أو سلعة)** أخرى سماها **(باسمها فلا بأس بذلك)** الشرط؛ لأنه قد بقي كثير من السلع مما يمكن له أن يتجر فيها.

(قال مالك) هكذا في النسخ الهندية، وليس هذا اللفظ في النسخ المصرية، والأولى حذفه، فإن الكلام الآتي متعلق بالصورتين المذكورتين فيما سبق **(ومن اشترط على من قارض أن لا يشتري إلا سلعة كذا وكذا)** خاصة سماها، ولا يشتري غير ما سماه **(فإن ذلك مكروه)** للتحجير على المضارب فطالما لا يجد المضارب في السوق ما سماه **(إلا أن تكون السلعة التي)** عينها

أَمَرَهُ أَنْ لَا يَشْتَرِيَ غَيْرَهَا، كَثِيرَةً مَوْجُودةً. لَا تُخْلِفُ فِي شِتَاءٍ وَلَا صَيْفٍ. فَلَا بَأْسَ بِذٰلِكَ.

و(**أمره أن لا يشتري غيرها موجودة**) في الأسواق بالكثرة (**كثيرة**) كذا في النسخ الهندية والمصرية، وقال الزرقاني[١]: لفظ «كثيرة» ثابت لابن وضاح عن يحيى، ساقط لابنه، انتهى.

وأوضح كثرة الوجود بقوله: (**لا تخلف**) بضم أوله من قولهم: أخلف أي أعسر، وهو أوضح مما في النسخ الهندية بدله «لا تختلف»، وهو ليس بوجيه (**في شتاء ولا صيف**) يعني توجد في كل زمان (**فلا بأس بذلك**) الشرط، قال الزرقاني: فإن تعذرت لقلتها منع، وإن نزل فسخ، وبه قال الشافعي، وأجازه أبو حنيفة، انتهى.

قال الباجي[٢]: وهذا كما قال: إن من شرط على العامل أن لا يتجر بسلعة معينة أو بالحيوان، فذلك جائز، وله شرطه؛ لأنه قد أبقى له من السلع ما لا يعدم التجارة فيها في بلدمن البلدان، ولا وقت من الأوقات، وهذا شرط في صحة القراض، وأما إذا قال: أقارضك على أن لا تشتري إلا سلعة كذا، فإن كانت السلعة كثيرة موجودة، ولا تعدم التجارة فيها، ولا تعدم هي في وقت من الأوقات كالحيوان والطعام، فإن ذلك جائز، وإن كانت السلعة تعدم في وقت من الأوقات أو تتعذر التجارة بها لقلتها في بعض الأزمان لم تجز المقارضة بهذا، وعقد القراض على ذلك فاسد، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: هو جائز، وإذا ثبت أنه يفسد القراض، فإنه يفسخ، انتهى.

وقال الموفق[٣]: الشروط في المضاربة تنقسم قسمين: صحيح وفاسد،

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٤٩).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٥٩).

(٣) «المغني» (٧/ ١٧٧).

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً. وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ فِيهِ شَيْئاً مِنَ الرِّبْحِ. خَالِصاً دُونَ صَاحِبِهِ: فَإِنَّ ذٰلِكَ لَا يَصْلُحُ. وَإِنْ كَانَ دِرْهَماً وَاحِداً. إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ نِصْفَ الرِّبْحِ لَهُ. وَنِصْفَهُ لِصَاحِبِهِ.

فالصحيح، مثل أن يشترط على العامل أن لا يسافر بالمال، أو أن يسافر به، أو لا يتَّجر إلا في بلد بعينه، أو نوع بعينه، أو لا يشتري إلا من رجل بعينه، فهذا كله صحيح، سواء كان النوع مما يَعُمُّ وجوده أو لا يعمّ، والرجل ممن يكثر عنده المتاع أو يقل، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي: إذا شرط أن لا يشتري إلا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو ما لا يعم وجوده، كالياقوت الأحمر والخيل البلق لم يصح؛ لأنه يمنع مقصود المضاربة، وهو التقليب، وطلب الربح، فلم يصح.

ولنا، أنها مضاربة خاصة لا تمنع الربح بالكلية فصحت، كما لو شرط أن لا يتّجر إلا في نوع يعم وجوده، ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع، فصح تخصيصه برجل بعينه وسلعة بعينها، انتهى.

وفي «الهداية»[1]: إن خصّ له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها؛ لأنه توكيلٌ، وفي التخصيص فائدة، فيتخصص، انتهى.

(قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً واشترط عليه) أي على العامل **(فيه)** أي في المال **(شيئاً من الربح)** معيناً **(خالصاً)** لنفسه **(دون)** شركة **(صاحبه)** في ذلك الربح **(فإن ذلك)** الشرط **(لا يصلح وإن)** وصلية **(كان)** ذاك الربح الخالص **(درهماً واحداً)** بل ولو أقل منه إذ لعل ذلك المقدار يستغرق الربح، فلا يبقى للعامل شيء **(إلا أن)** بحرف الاستثناء في النسخ المصرية، وهو أوجه مما في جميع النسخ الهندية بلفظ لا **(يشترط)** ربحاً مشاعاً بينهما فهذا جائز، مثل أن يشترط **(نصف الربح له)** للعامل **(ونصفه)** الآخر **(لصاحبه)**

---

(١) (٢/٢٠٢).

أَوْ ثُلُثَهُ أَوْ رُبُعَهُ. أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذٰلِكَ أَوْ أَكْثَر. فَإِذَا سَمَّى شَيْئاً مِنْ ذٰلِكَ، قَلِيلاً أَوْ كَثِيراً. فَإِنَّ كُلَّ شَيْءٍ سَمَّى مِنْ ذٰلِكَ حَلَالٌ وَهُوَ قِرَاضُ الْمُسْلِمِينَ.

قَالَ: وَلٰكِنْ إِنِ اشْتَرَطَ أَنَّ لَهُ مِنَ الرِّبْحِ دِرْهَماً وَاحِداً. فَمَا فَوْقَهُ. خَالِصاً لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ. وَمَا بَقِيَ مِنَ الرِّبْحِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ. فَإِنَّ ذٰلِكَ لَا يَصْلُحُ. وَلَيْسَ عَلَى ذٰلِكَ قِرَاضُ الْمُسْلِمِينَ.

أي لرب المال (**أو ثلثه**) أي ثلث الربح (**أو ربعه أو أقل من ذلك**) أي من الربع، كالسدس والثمن وغيرهما (**أو أكثر**) من النصف أيضاً، فهذا كله جائز (**فإذا سمى شيئاً من ذلك**) أي عَيَّنَ من الربح ربحاً مشاعاً (**قليلاً**) كان ذلك (**أو كثيراً فإن كل شيء من ذلك**) القليل والكثير فهو (**حلالٌ**) لهما (**وهو قراض المسلمين**) الجاري بينهم من زمن خير القرون.

(**قال مالك**) وليس هذا اللفظ في أكثر النسخ المصرية، بل الكلام الآتي ملحق بما سبق، وهو الأوجه، فإن الكلام الآتي مرتبط بما سبق (**ولكن إن اشترط أن له من الربح درهما واحداً فما فوقه**) أي أكثر من الواحد (**خالصاً له دون صاحبه**) أي يختص بذلك (**وما بقي من الربح**) بعد إخراج الربح الخالص الدرهم وغيره (**فهو**) أي الباقي (**بينهما نصفين، فإن ذلك**) أيضاً (**لا يصلح**) أي لا يجوز (**وليس على ذلك**) الطريق (**قراض المسلمين**).

قال الباجي[1]: وهذا كما قال: إن من اشترط من المتعاملين شيئاً من الربح على الآخر، فإن ذلك جائز؛ لأن ذلك يقتضي أن لا يخلو واحد منهما من حصته من الربح، ولو اشترط أحدهما عدداً لم يجز؛ لأنه قد يمكن ذلك العدد أن يستغرق جميع الربح، فلا يكون للآخر حظٌّ من الربح، وهو لم يدخل في القراض إلا على حظٍ من الربح، فلذلك كان الربح على الأجزاء لا على

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٦٠).

....

العدد، فإن اشترط أحدهما مع الأجزاء شيئاً من الربح مقدراً بالعدد ولو درهماً واحداً، فإن ذلك يفسد عقد القراض؛ لأن القراض مبنيٌّ على الأجزاء، فإذا اشترط فيه عدداً مستثنى أدخل الجهالة في الأجزاء، انتهى.

وقال الموفق[١]: والربح على ما اصطلحا عليه في جميع أقسام الشركة، ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضة، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه أو ما يجتمعان عليه بعد أن يكون ذلك معلوماً جزءاً من أجزاء، ولأن استحقاق المضارب الربح بعمله، فجاز ما يتفقان عليه من قليل وكثير، كالأجرة في الإجارة، ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم، يعني متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم، مثل أن يشترط لنفسه جزءاً وعشرة دراهم بطلت الشركة.

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض، إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة، وممن حفظنا ذلك عنه مالك والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، والجواب فيما لو قال: ولك نصف الربح إلا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم، كالجواب فيما إذا شرط دراهم مفردة، انتهى.

وفي «الهداية»[٢]: من شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً لا يستحق أحدهما دراهم مسماة من الربح، فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله لفساده، فلعله لا يربح إلا هذا القدر، انتهى.

---

(١) «المغني» (٧/ ١٣٨).

(٢) (٢/ ٢٠٠).

(٥) باب ما لا يجوز من الشرط في القراض

٦/١٤٠٣ ـ قَالَ يَحْيَىٰ: قَالَ مَالِكٌ: لَا يَنْبَغِي لِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ شَيْئاً مِنَ الرِّبْحِ خَالِصاً. دُونَ الْعَامِلِ. ....

---

(٥) ما لا يجوز من الشرط في القراض

قال ابن رشد[(١)]: جملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هي ما أَدَّىٰ عندهم إلى غرر أو إلى مجهلة زائدة، ولا خلاف بين العلماء أنه إذا اشترط أحدهما لنفسه من الربح شيئاً زائداً غير ما انعقد عليه القراض أن ذلك لا يجوز؛ لأنه يصير ذلك الذي انعقد عليه القراض مجهولاً، وهذا هو الأصل عند مالك في أن لا يكون مع القراض بيعٌ ولا كراءٌ ولا سلف ولا عمل ولا مرفق يشترطه أحدهما لصاحبه مع نفسه، فهذه جملة ما اتفقوا عليه، وإن اختلفوا في التفصيل.

ثم ذكر تفصيل اختلافهم في ذلك، وتقدم في أول الترجمة السابقة ما قال الموفق[(٢)]: إن الشروط في المضاربة تنقسم قسمين: صحيح وفاسد، ثم قال: والشروط الفاسدة تنقسم إلى ثلاثة أقسام: أحدها: ما ينافي مقتضى العقد، مثل أن يشترط لزوم المضاربة أو لا يبيع إلا برأس المال أو أقل أو غير ذلك،والثاني: ما يعود بجهالة الربح، مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولاً أو ربح أحد الكسبين أو أحد السفرين أو غير ذلك، والثالث: اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرضاً أو يرتفق ببعض السلع، مثل أن يلبس الثوب ويركب الدابة وغير ذلك، انتهى مختصراً.

٦/١٤٠٣ ـ **(قال مالك: لا ينبغي)** أي لا يجوز **(لصاحب المال أن يشترط لنفسه شيئاً)** معيناً **(من الربح خالصاً)** لنفسه **(دون)** شركة **(العامل)** فيه كما تقدم

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٣٨).

(٢) «المغني» (٧/ ١٧٧).

وَلَا يَنْبَغِي لِلْعَامِلِ أَنْ يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ شَيْئاً مِنَ الرِّبْحِ خَالِصاً. دُونَ صَاحِبِهِ. وَلَا يَكُونُ مَعَ الْقِرَاضِ بَيْعٌ، وَلَا كِرَاءٌ، وَلَا عَمَلٌ، وَلَا سَلَفٌ، وَلَا مَرْفِقٌ يَشْتَرِطُهُ أَحَدُهُمَا لِنَفْسِهِ دُونَ صَاحِبِهِ. ....

في القول السابق من آخر الباب الماضي **(و)** كذلك **(لا ينبغي للعامل)** أيضاً **(أن يشترط لنفسه شيئاً من الربح خالصاً)** لنفسه **(دون صاحبه)** وتقدم في الباب السابق إجماع الفقهاء على ذلك.

قال الزرقاني(١): فإن وقع ذلك، فقال مالك وأصحابه في «الموازية»: إن ترك ذلك مشترطه قبل العمل جاز، وأما بعده فروى يحيى عن ابن القاسم إن أسقطه مشترطه صَحَّ، وتماديا عليه، وأنكره يحيى بعد العمل، انتهى. وقد تقدم البسط في القراض الفاسد قريباً، **(ولا يكون)** أي لا يجوز أن يكون **(مع القراض)** عقد آخر.

وذكر بعض العقود مثالاً، فقال: **(بيع ولا كراء ولا عمل)** آخر شرطه أحدهما، وليس في النسخ الهندية لفظ ولا عمل **(ولا سلف)** أي لا يجوز أن يشترط مع القراض أن يقرض أحدهما الآخر **(ولا مرفق)** بفتح الميم وكسر الفاء وعكسه ما يرتفق به **(يشترط أحدهما)** شيئاً مما ذكر **(لنفسه دون صاحبه)**.

قال الباجي(٢): لا يكون مع القراض بيع وغيره، يريد أنه لا يجوز أن يشتمل عليهما عقد واحد، وجه ذلك أن هذه عقود لازمة. وعقد القراض عقد جائز، فلما تنافى مقتضاهما لم يصح أن يجتمعا في عقد؛ لأن ذلك يخرج أحدهما عن مقتضاه، ويوجب فساده، وإذا فسد أحدهما فسد الآخر لاشتمال العقد عليهما، انتهى.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٥٠).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٦٠).

إِلَّا أَنْ يُعِينَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَلَى غَيْرِ شَرْطٍ. عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ. إِذَا صَحَّ ذٰلِكَ مِنْهُمَا. وَلَا يَنْبَغِي لِلْمُتَقَارِضَيْنِ أَنْ يَشْتَرِطَ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ زِيَادَةً، مِنْ ذَهَبٍ وَلَا فِضَّةٍ وَلَا طَعَامٍ، وَلَا شَيْءٍ مِنَ الْأَشْيَاءِ. يَزْدَادُهُ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ. قَالَ: فَإِنْ دَخَلَ الْقِرَاضَ شَيْءٌ مِنْ ذٰلِكَ، ....

وقال الموفق[١]: القسم الثالث من الشروط الفاسدة: اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه، مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر، أو يأخذه بضاعةً أو قرضاً، أو أن يخدمه في شيء بعينه، أو يرتفق ببعض السلع، مثل أن يلبس الثوب، ويستخدم العبد، ويركب الدابة، أو شرط المضارب على رب المال شيئاً من ذلك، فهذه كلها شروط فاسدة، انتهى.

وتقدم حكم القراض الفاسد بالشروط الفاسدة، وما قال صاحب «الهداية»[٢]: إن كل شرط يوجب جهالةً في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها، ويَبْطُلُ الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب، اهـ.

(إلا أن يعين) مضارع من الإعانة **(أحدهما)** أي أحد المتعاقدين **(صاحبه)** أي الآخر منهما **(على غير شرط)** في العقد بل **(على وجه المعروف)** والتبرع **(إذا صح ذلك منهما)** كما تقدم في أول باب ما يجوز من القراض.

(ولا ينبغي) أي لا يجوز إجماعاً **(للمتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة)** مسماة معدودة **(من ذهب ولا فضة ولا طعام ولا شيء)** آخر **(من الأشياء يزداده أحدهما على صاحبه)** غير الربح المشاع **(قال: فإن دخل القراض)** مفعول دخل وفاعله **(شيء من ذلك)** الذي ذكر من الشروط الفاسدة المذكورة

(١) «المغني» (٧/ ١٧٩).

(٢) (٢/ ٢٠١).

صَارَ إِجَارةً. وَلَا تَصْلُحُ الْإِجَارَةُ إِلَّا بِشَيْءٍ ثَابِتٍ مَعْلُوم. وَلَا يَنْبَغِي لِلَّذِي أَخَذَ الْمَالَ أَنْ يَشْتَرِطَ، مَعَ أَخْذِهِ الْمَالَ، أَنْ يُكَافِئَ. ....

بطل القراض و(**صار**) العقد المذكور (**إجارة**) فاسدة (**و**) وجه كونه فاسدة أنه (**لا تصلح الإجارة**) أي لا تكون الإجارة صحيحة (**إلا بشيء ثابت**) في الذمة (**معلوم**) القدر؛ لأن الإجارة بيع منافع، فيشترط لها شروط البيع، وههنا لم تثبت على ذمة رب المال أجرة معلومة، فتصير إجارة فاسدة، وهذا أوجه عندي في معنى قول مالك، وهذا مبنيٌّ على أحد الأقوال المتقدمة عن مالك أن القراض الفاسد يُرَدُّ إلى أجرة المثل، وتقدم هناك أقوال الفقهاء في ذلك.

وقال الباجي[1]: قوله: فإن دخل القراض شيء من ذلك يريد إن اشترطه العامل فهو إجارة؛ لأن من حكم القراض أن يكون عوض العمل حقه مقصور على ما يترقب خروجه من النماء، فإذا اشترطه العامل ذهباً من غيره أو غير ذهب، فقد خرج عن سنة القراض إلى ما لا يجوز فيه، وإنما يجوز في الإجارة إلا أن من شرط الإجارة أن يكون جميع عوضها معلوماً، فإذا كان بعض عوضها مجهولاً مترقباً من النماء لم تصح الإجارة أيضاً.

والفرق بين الإجارة على التجارة بالمال، وبين القراض أن في الإجارة يستأجره على أن يتّجر له في ماله بشيء معلوم معين مقبوض أو مقدر في الذمة بعقد لازم، فإن جعل شيء منه في النماء المترقب لم يجز، ومعنى القراض أن يعامله معاملة جائزة، ليعمل في ماله بجزء من نمائه المترقب، فإن صرف شيء من عوض العمل إلى غير ذلك لم يجز، انتهى.

(**ولا ينبغي**) أي لا يجوز (**للذي أخذ المال**) وهو العامل (**أن يشترط مع أخذه المال**) عن رب المال (**أن يكافئ**) أحداً ممن أسدى إليه معروفاً أي يتبرع ويجزئ أحداً من مال المضاربة جزاء إحسانه، قال الزرقاني تبعاً للباجي: فلو

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٦١).

وَلَا يُوَلِّيَ مِنْ سِلْعَتِهِ أَحَداً. وَلَا يَتَوَلَّى مِنْهَا شَيْئاً لِنَفْسِهِ. فَإِذَا وَفَرَ الْمَالُ. وَحَصَلَ عَزْلُ رَأْسِ الْمَالِ. ثُمَّ اقْتَسَمَا الرِّبْحَ عَلَى شَرْطِهِمَا.

كافى لمعروف أسدي إليه في مال القراض على وجه التجارة والنظر جاز (**ولا يولي**) من التولية (**من سلعته**) أي من السلعة المشتراة بمال القراض (**أحداً**) يعني لا يبيعه بالتولية لشركة رب المال في الربح، فلا يضيع ربحه بالتولية.

قال الزرقاني: هذا إذا كان يرجو فيها النماء لتعلق حق رب المال بالربح فيها، وقيد بما لم يخف الوضيعة وإلا جاز (**ولا يتولى شيئاً منها**) أي من السلعة المذكورة (**لنفسه**) أي يأخذها لنفسه بالتولية.

قال الباجي[1]: وهذان الفصلان أي المكافاة والتولية إذا كانا على وجه المتاجرة فللعامل فعله، ولا يحتاج إلى اشتراطها، ولو اشترطها لما فسد بذلك القراض، وإن كانا على وجه المعروف فلا يجوز اشتراطهما ويفسد ذلك العقد، وإن فعلها من غير شرط كان ذلك موقوفاً على إجازة صاحب العامل، وأما أن يتولى من ذلك سلعة، فإن ذلك غير جائز؛ لأنه ليس له أن يذهب ببعض النماء الحاصل في المال، ولا يجوز اشتراطه، فإن فعل ذلك من غير شرط، فلرب المال الخيار بين أن يمضيه ويلزمه العامل وبين أن يرده، انتهى.

وعدّه الموفق في القسم الأول من الأقسام الثلاثة في الشروط الفاسدة، وهو ما ينافي مقتضى العقد مثل أن يشترط أن لا يبيع إلا برأس المال أو أقل أو أن يوليه ما اختاره من السلع أو نحو ذلك، قال: فهذه شروط فاسدة؛ لأنها تُفَوِّتُ المقصود من المضاربة وهو الربح، انتهى.

(**قال**) مالك: (**فإذا وفر**) بفتح الفاء (**المال**) أي زاد (**وحصل**) الربح في التجارة (**عزل**) أولاً (**رأس المال**) ويسلمه إلى ربه (**ثم اقتسما الربح**) وهو المال الباقي بعد إخراج الأصل، فيقتسمانه بينهما (**على شرطهما**) من النصف والثلث وغير ذلك على ما شرطا الربح.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٦٢).

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَالِ رِبْحٌ. أَوْ دَخَلَتْهُ وَضِيعَةٌ. لَمْ يَلْحَقِ الْعَامِلَ مِنْ ذٰلِك شَيْءٌ. لَا مِمَّا أَنْفَقَ عَلَى نَفْسِهِ. وَلَا مِنَ الْوَضِيعَةِ. وَذٰلِكَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ فِي مَالِهِ. ....

قال الباجي: يريد الذي يجب أن يبدأ بالإخراج في قسمة القراض رأس المال؛ لأنه لا ربح لواحد منهما حتى يسلم إلى صاحبه، ويصير في قبضه، فإن اقتسما الربح دون أن يحضر رأس المال، أو حضر، فلم يقبضه صاحبه، فإن تلك قسمة فاسدة، فإن دخل المال نقصٌ ردّ من الربح ما يجبر به رأس المال، وإن أتى على جميعه، قاله عيسى، انتهى.

(فإن لم يكن للمال ربح) أي لم يزد على رأس المال شيء **(أو دخلته)** أي دخل في رأس المال **(وضيعة)** أي نقص وخسران **(لم يلحق العامل)** بالنصب **(من ذلك)** الخسران **(شيء)** فاعل لم يلحق **(لا مما أنفق)** العامل **(على نفسه)** بشرائطه **(ولا من الوضيعة)** لأنه لا ضمان على العامل كما سيأتي قريباً **(وذلك)** أي المذكور من النفقة والوضيعة كلها **(على رب المال في ماله)** وسيأتي بيان النفقة والضمان قريباً.

قال الباجي[1]: يريد أنه إن لم يكن للمال ربحٌ يُقْسم فلا شيء للعامل، ولا شيء عليه، إن كان في ذلك خسران، ولا عليه أن يجبره، لأنه ليس بمضمون عليه، ولا عليه رد شيء مما أنفقه على نفسه، إن كان سافر فيه سفراً، يقتضي الإنفاق على العامل؛ لأن ذلك بمنزلة سائر المؤن اللازمة لمال القراض من كراء حمل وإجارة نشر.

وقوله: على رب المال في ماله يريد مال القراض، وليس ذلك فيما بيده من المال؛ لأنه لم يأذن له في التصرف إلا في مال القراض، فليس له أن يتصرف تصرفاً يتعدى إلى غير ذلك من ماله، انتهى.

(١) «المنتقى» (٥/ ١٦٢).

وَالْقِرَاضُ جَائِزٌ عَلَى مَا تَرَاضَى عَلَيْهِ رَبُّ الْمَالِ وَالْعَامِلُ. مِنْ نِصْفِ الرِّبْحِ، أَوْ ثُلُثِهِ، أَوْ رُبُعِهِ، أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذٰلِكَ، أَوْ أَكْثَرَ.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَجُوزُ لِلَّذِي يَأْخُذُ الْمَالَ قِرَاضاً أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ سِنِينَ لَا يُنْزَعُ مِنْهُ. قَالَ: وَلَا يَصْلُحُ لِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ أَنَّكَ لَا تَرُدُّهُ إِلَيَّ سِنِينَ، لِأَجَلٍ يُسَمِّيَانِهِ. ....

(والقراض جائز على ما تراضى) وفي النسخ المصرية: «على ما تراضيا» **(عليه)** الضمير إلى «ما» **(رب المال والعامل من)** بيان لما **(نصف الربح أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر)** بشرط أن يكون مشاعاً كما تقدم أعاده كالخلاصة للكلام.

(قال مالك: ولا يجوز للذي يأخذ المال قراضاً) وهو العامل **(أن يشترط)** على رب المال **(أن يعمل فيه)** أي في المال **(سنين)** عديدة **(لا ينزع)** ببناء المجهول **(منه)** أي لا يرجع منه المال **(قال)** مالك: **(و)** كذلك **(لا يصلح)** أي لا يجوز **(لصاحب المال أن يشترط)** على المضارب **(أنك لا ترده)** أي المال **(إلى سنين)** عديدة **(لأجل يسميانه)** أي يعينان السنين المشترطة، قال صاحب «المحلى»: وبه قال الشافعي وأحمد: إنه لا يجوز إلى مدة معلومة لا يفسخها قبلها، وقال أبو حنيفة: يجوز، كذا في «الرحمة في اختلاف الأمة»[(١)]، انتهى.

قال الباجي[(٢)]: وهذا على ما قال: إنه لا يجوز أن يوقت القراض بمدة معلومة لا يجوز فسخه قبلها، وإن عاد المال عيناً وإن انقضت المدة فقد كمل القراض، فلا يكون للعامل ولا عليه أن يبيعه، ولا يعمل به إذا كان عرضاً عند انقضاء المدة، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال بعض أصحاب أبي حنيفة: إن ذلك جائز، والدليل على ما نقوله أنه عقد جائز، فلم يتوقف بمدة

---

(١) (ص١٨٧).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٦٢).

....

من الزمان كالشركة، ومعنى ذلك أن لكل واحد من المتعاقدين فسخه متى شاء، والتوقيت يمنع ذلك، انتهى.

وقال الموفق[١]: يصح تأقيتُ المضاربة، مثل أن يقول: ضاربتك على هذه الدراهم سنة، فإذا انقضت فلا تبع، ولا تشتر، قال مُهَنّا[٢]: سألت أحمد عن رجل أعطى رجلاً ألفاً مضاربة شهراً، قال: إذا مضى شهر يكون قرضاً، قال: لا بأس به، قلت: إن جاء الشهر وهي متاع؟ قال: إذا باع المتاع يكون قرضاً، وقال أبو الخطاب: في صحة شرط التأقيت روايتان: إحداهما: هو صحيح، وهو قول أبي حنيفة، والثانية: لا يصح، وهو قول الشافعي ومالك واختيار أبي حفص العكبري لثلاثة معانٍ: **أحدها**: أنه عقد يقع مطلقاً، فإذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح، **الثاني**: أن هذا ليس من مقتضى العقد، ولا له فيه مصلحة، وبيان أنه ليس من مقتضى العقد أنه يقتضي أن يكون رأس المال ناضّاً، فإذا منعه البيع لم ينض، **الثالث**: أن هذا يؤدي إلى ضرر بالعامل؛ لأنه قد يكون الربح والحظ في تبقية المتاع وبيعه بعد السنة، فيمتنع ذلك بمضيها.

ولنا، أنّه تصرف يتوقف بنوع من المتاع، فجاز توقيته في الزمان كالوكالة، والمعنى الأول يبطل بالوكالة، والمعنى الثاني والثالث يبطل تخصيصه بنوع من المتاع، ولأن لرب المال منعه من البيع والشراء في كل وقت إذا رضي أن يأخذ بماله عرضاً، فإذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح، كما لو قال: إذا انقضت السنة فلا تشتر شيئاً وقد سلموا صحة ذلك، انتهى.

---

(١) «المغني» (٧/ ١٧٧).

(٢) أبو عبد الله مهنا بن يحيى الشامي السلمي، من كبار أصحاب الإمام أحمد، من رجال القرن الثالث. «طبقات الحنابلة» (١/ ٣٤٥).

لِأَنَّ الْقِرَاضَ لَا يَكُونُ إِلَى أَجَلٍ. وَلٰكِنْ يَدْفَعُ رَبُّ الْمَالِ مَالَهُ إِلَى الَّذِي يَعْمَلُ لَهُ فِيهِ. فَإِنْ بَدَا لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتْرُكَ ذٰلِكَ. وَالْمَالُ نَاضٌّ لَمْ يَشْتَرِ بِهِ شَيْئاً، تَرَكَهُ. وَأَخَذَ صَاحِبُ الْمَالِ مَالَهُ. وَإِنْ بَدَا لِرَبِّ الْمَالِ أَنْ يَقْبِضَهُ، بَعْدَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ سِلْعَةً. فَلَيْسَ ذٰلِكَ لَهُ. حَتَّى يُبَاعَ الْمَتَاعُ وَيَصِيرَ عَيْناً. فَإِنْ بَدَا لِلْعَامِلِ أَنْ يَرُدَّهُ، وَهُوَ عَرْضٌ، لَمْ يَكُنْ ذٰلِكَ لَهُ. حَتَّى يَبِيعَهُ، فَيَرُدَّهُ عَيْناً كَمَا أَخَذَهُ.

وفي «الهداية»[1]: إن وقت للمضارب وقتاً بعينه يبطل العقد بمضيه؛ لأنه توكيل فيتوقت بما وقته، انتهى.

ثم بَيَّنَ الإمام مالك الدليل على ما اختاره من عدم جواز التأقيت، فقال: **(لأن القراض لا يكون إلى أجل)** ولا يجوز تأقيته **(ولكن)** يكون القراض بأنه **(يدفع رب المال ماله إلى الذي يعمل له فيه)** وهو المضارب **(فإن بدا لأحدهما)** أي لأحد المتعاقدين **(أن يترك ذلك)** العقد ويفسخه **(والمال)** بعد **(ناض)** أي نقد **(لم يشتر به)** إلى الآن **(شيئاً تركه)** قال الزرقاني: لأن عقده غير لازم بالإجماع **(وأخذ)** بعد الفسخ **(صاحب المال ماله)** الذي أعطاه قراضاً.

(وإن بدا لرب المال أن يقبضه) أي ماله **(بعد أن يشتري به)** العامل **(سلعة فليس ذلك له)** أي لا يجوز ذلك لرب المال لدخول عمل المضارب فيه **(حتى يباع المتاع)** وهو ما اشتراه **(ويصير)** العرض **(عيناً)** لتعلق حق العامل في الربح **(فإن بدا للعامل أن يرده)** أي يرد المال ويفسخ العقد **(وهو عرض، لم يكن ذلك له حتى يبيعه، فيرده عيناً كما أخذه)**.

قال الزرقاني[2] تبعاً للباجي حاصله: أن لكل فسخه قبل العمل لا بعده حتى يعود عيناً كما أخذه.

---

(١) (٢/ ٢٠٣).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٥١).

....

وقال الموفق[١]: المضاربة من العقود الجائزة تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان، وبموته، وجنونه، والحجر عليه، ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده، فإذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه، وإن كان فيه ربح قسما الربح على ما شرطاه، وإن انفسخت، والمال عرض، فاتفقا على بيعه أو قسمه جاز، وإن طلب العامل البيع، وأبى رب المال، وقد ظهر في المال ربح أجبر رب المال على البيع، وهو قول إسحاق والثوري، وإن لم يظهر الربح لم يجبر، وهذا ظاهر مذهب الشافعي.

وقال بعضهم: فيه وجه آخر أنه يجبر على البيع؛ لأنه ربما زاد فيه زائد، ورغب فيه راغب، فزاد على ثمن المثل، فيكون للعامل فيه حظ، ولنا، أن العامل استحق الربح إلى حين الفسخ، وذلك لا يعلم إلا بالتقويم، وما ذكروه من احتمال الزيادة إنما حدث بعد الفسخ.

وإن طلب رب المال البيع وأبى العامل، ففيه وجهان: **أحدهما**: يجبر العامل على البيع، وهو قول الشافعي، لأن عليه رد المال ناضّاً كما أخذه، **والثاني**: لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح أو أسقط حقه من الربح؛ لأنه بالفسخ زال تصرفه، وصار أجنبياً من المال، وإذا نَضّ رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي، لأنه شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه، انتهى.

وفي «الدر المختار»[٢]: وينعزل بعزله، لأنه وكيل إن علم به وإلا لا، فإن علم بالعزل، والمال عروض باعها ولو نسيئة ثم لا يتصرف في ثمنها، ولا يملك المالك فسخها في هذه الحالة، بخلاف أحد الشريكين إذا فسخ الشركة،

(١) «المغني» (٧/ ١٧٢).

(٢) (٦/ ٢١٨).

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَصْلُحُ لِمَنْ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً، أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ الزَّكَاةَ فِي حِصَّتِهِ مِنَ الرِّبْحِ خَاصَّةً. لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ، إِذَا اشْتَرَطَ ذٰلِكَ، فَقَدِ اشْتَرَطَ لِنَفْسِهِ، فَضْلاً مِنَ الرِّبْحِ ثَابِتاً. ....

ومالها أمتعة صَحَّ، قال ابن عابدين: قوله: في هذه الحالة أي حال كون المال عروضاً؛ لأن للمضارب حقاً في الربح، انتهى.

(قال مالك) هكذا في النسخ الهندية، وأكثر المصرية وهو الأوجه، وليس هذا في نسخة الزرقاني، بل ذكر القول الآتي ملحقاً بما سبق، وليس بوجيه، فإن المسألة الآتية مسألة مستأنفة، وأعجب منه ما في نسخة «المنتقى» إذ ترجم ههنا زكاة القراض، وليس بمحله، فإن الأقوال الآتية لا تعلق لجميعها بالزكاة، بل يتعلق كلها بالشروط، ومن جملتها شرط الزكاة، فالصحيح إدخال هذه الأقوال في ترجمة الشروط **(ولا يصلح لمن دفع إلى رجل مالاً قراضاً أن يشترط عليه الزكاة)**.

اختلفوا في مراد المصنف من الزكاة، وظاهر كلام الباجي أنه أراد زكاة رأس المال، وعليه بنى شرحه، كما سيأتي في كلامه، وظاهر كلام ابن رشد أنه أراد زكاة الربح كما سيأتي من كلامه.

وقال الدردير[1]: جاز اشتراط زكاة الربح على أحدهما أي رب المال والعامل، وأما رأس المال فزكاته على ربه، ولا يجوز اشتراطه على العامل، قال الدسوقي: ما ذكره المصنف من جواز اشتراط زكاة الربح على أحدهما، هو المشهور في المذهب، خلافاً لما في «الأسدية» من المنع عن ذلك، انتهى.

(في حصته) أي العامل **(من الربح خاصة)** دون حصة رب المال من الربح **(لأن رب المال إذا اشترط ذلك فقد اشترط)** رب المال **(لنفسه فضلاً)** أي زيادة **(من الربح)** معيناً **(ثابتاً)** بالموحدة والفوقية في جميع النسخ الهندية والمصرية

---

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ٥٢٢).

فِيمَا سَقَطَ عَنْهُ مِنْ حِصَّةِ الزَّكَاةِ. الَّتِي تُصِيبُهُ مِنْ حِصَّتِهِ. ....

صفة لقوله: فضلاً، وفي نسخة «المنتقى» ثانياً بالنون والتحتية، فإن صح فيكون المعنى مرة أخرى، يعني الربح الأول ما شرطا في المضاربة، والربح الثاني ما حصل له بخلاصه عن الزكاة **(فيما سقط عنه)** أي عن رب المال **(من حصة الزكاة التي تصيبه)** أي تلزمه **(من حصته)**.

قال الباجي[1]: وهذا كما قال: إنه لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل زكاة رأس المال؛ لأن ذلك يعود إلى أن يشترط عليه عدداً من الربح ينفرد به، ثم تطرأ القسمة بعد ذلك، وربما استغرق ذلك جميع الربح، فيسقط حظ العامل من الربح مع وجوده واشتراطه له، وذلك ينافي الجواز لما فيه من الجهالة، انتهى.

قال ابن رشد[2]: أما اختلافهم في جواز اشتراط رب المال زكاة الربح، فقال مالك في «الموطأ»: لا يجوز، ورواه عنه أشهب، وقال ابن القاسم: ذلك جائز، ورواه عن مالك، وبقول مالك قال الشافعي، وحجة من لم يجزه، أنه تعوض حصة العامل، ورب المال مجهولة؛ لأنه لا يدري كم يكون المال في حين وجوب الزكاة فيه، وتشبيهاً باشتراط زكاة أصل المال عليه أعني على العامل، فإنه لا يجوز باتفاق.

وحجة ابن القاسم، أنه يرجع إلى جزء معلوم النسبة، وإن لم يكن معلوم القدر؛ لأن الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى، فكأنه اشترط عليه في الربح الثلث إلا ربع العشر أو النصف إلا ربع العشر، وذلك جائز، وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال؛ لأن ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة، فكان ممكناً أن يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلاً.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٦٣).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٣٩).

....

وهل يجوز أن يشترط ذلك المقارض على رب المال؟ في المذهب قولان، قيل: بالفرق بين العامل ورب المال، وقيل: يجوز أن يشترطه العامل على رب المال، ولا يجوز أن يشترطه رب المال على العامل، وقيل: عكس ذلك، انتهى.

وقال الموفق[١]: إذا دفع إلى رجل ألفا مضاربة على أن الربح بينهما نصفان، فحال الحول، وقد صار ثلاثة آلاف، فعلى رب المال زكاة ألفين؛ لأن ربح التجارة حوله حول أصله، وقال الشافعي في أحد قوليه: عليه زكاة الجميع؛ لأن الأصل له والربح نماء ماله ولا يصح؛ لأن حصة المضارب له، وليست ملكاً لرب المال، وأما العامل فليس عليه زكاة في حصته حتى يقتسما، ويستأنف حولاً من حينئذ، نَصَّ عليه أحمد في رواية صالح وابن منصور، وقال أبو الخطاب: يحتسب حوله من حين ظهور الربح، يعني إذا كمل نصاباً، قال: ولا يجب إخراج زكاته حتى يقبض المال؛ لأن العامل يملك الربح بظهوره، ولنا، أن ملك المضارب غير تام؛ لأنه يعرض أن تنقص قيمة الأصل أو يخسر، انتهى.

وقال السرخسي: وأما مال المضاربة، فعلى رب المال زكاة رأس المال وحصته من الربح، وعلى المضارب زكاة حصته من الربح، إذا وصلت يده إليه إن كان نصاباً، أو كان له من المال ما يتم به النصاب عندنا، وللشافعي ثلاثة أقاويل في نصيب المضارب: قول مثل قولنا، وقول: إن زكاة ذلك على رب المال؛ لأنه موقوف لحقه حتى لا يظهر الربح ما لم يصل إليه رأس المال، ولأن الربح تبع، وزكاة الأصل عليه، فكذلك التبع.

وقول آخر: إنه لا زكاة في نصيب المضارب على أحد؛ لأنه متردد بينه

---

(١) «المغني» (٤/ ٢٦٠).

وَلَا يَجُوزُ لِرَجُلٍ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى مَنْ قَارَضَهُ، أَنْ لَا يَشْتَرِيَ إِلَّا مِنْ فُلَانٍ. لِرَجُلٍ يُسَمِّيهِ. فَذٰلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ. لِأَنَّهُ يَصِيرُ لَهُ أَجِيراً بِأَجْرٍ لَيْسَ بِمَعْرُوفٍ.

وبين رب المال، يسلم له إن بقي كله، ويكون لرب المال إن هلك بعضه، فهو نظير كسب المكاتب، فليس فيه زكاة على أحد؛ لأنه متردد بينه وبين المولى.

وفي الحقيقة هذه المسألة بناء على أصله أن استحقاق المضارب الربح بطريق الجعالة لا بطريق الشركة، إذ ليس له رأس مال ولا بطريق الأجرة؛ لأن عمله غير معلوم عند العقد، والجعالة لا تملك إلا بالقبض، كالعمالة لعامل الصدقات، ولنا، أن المضارب شريكه في الربح فكما يملك رب المال نصيبه من الربح في الزكاة، فكذلك المضارب؛ لأن مطلق الشركة يقتضي المساواة، وبيان الوصف أن رأس ماله العمل ورأس مال الثاني المال، والربح يحصل بهما، فقد تحققت الشركة، وقد نصا في العقد على هذا، وتنصيصهما معتبر بالإجماع، انتهى.

(قال مالك) وليس لفظ «قال مالك» إلا في بعض النسخ المصرية، والأولى عندي وجوده لاستئناف المسألة الآتية، **(ولا يجوز لرجل أن يشترط على من قارضه أن لا يشتري إلا من فلان لرجل)** معين **(يسميه فذلك)** الشرط **(غير جائز لأنه)** لم تكن هذه مضاربة بل **(يصير)** العامل **(له)** أي لرب المال **(أجيراً)** وفي نسخة «رسولاً» **(بأجر)** موصوف صفته **(ليس بمعروف)** لأنه لم يتعين الأجر.

قال الزرقاني[1]: سواء كان ذلك الرجل موسراً لا تعدم عنده السلع أو معسراً، فإن وقع فسخ، فإن فات صح بما يصح به القراض الفاسد، قاله ابن نافع، وأجازه أبو حنيفة، انتهى.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٥١).

قَالَ مَالِكٌ، فِي الرَّجُلِ يَدْفَعُ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً وَيَشْتَرِطُ عَلَى الَّذِي دَفَعَ إِلَيْهِ الْمَالَ الضَّمَانَ. قَالَ: لَا يَجُوزُ لِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ فِي مَالِهِ غَيْرَ مَا وُضِعَ الْقِرَاضُ عَلَيْهِ. وَمَا مَضَىٰ مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ فِيهِ. فَإِنْ نَمَا الْمَالُ عَلَى شَرْطِ الضَّمَانِ. كَانَ قَدِ ازْدَادَ فِي حَقِّهِ مِنَ الرِّبْحِ مِنْ أَجْلِ مَوْضِعِ الضَّمَانِ. وَإِنَّمَا يَقْتَسِمَانِ الرِّبْحَ عَلَى مَا لَوْ أَعْطَاهُ إِيَّاهُ عَلَى غَيْرِ ضَمَانٍ. وَإِنْ تَلِفَ الْمَالُ لَمْ أَرَ عَلَى الَّذِي أَخَذَهُ ضَمَاناً. لِأَنَّ شَرْطَ الضَّمَانِ فِي الْقِرَاضِ بَاطِلٌ.

قلت: ووافق أحمد أبا حنيفة والشافعي مالكاً، وتقدم البسط في ذلك في أول ما يجوز من الشروط في القراض.

(قال مالك في الرجل يدفع إلى رجل مالاً قراضاً، ويشترط على الذي دفع إليه المال) وهو العامل **(الضمان)** أي يكون الضمان على العامل في الخسران، **(قال مالك)** في الصورة المذكورة: **(لا يجوز لصاحب المال أن يشترط في ماله غير ما وضع)** ببناء المجهول **(القراض عليه و)** غير **(ما مضى من سنة المسلمين فيه)** والذي وضع عليه القراض، ولا خلاف فيه بين المسلمين أن مبنى القراض على الأمانة لا على الضمان.

(فإن نما) أي زاد **(المال)** وربح **(على شرط الضمان)** على العامل **(كان)** رب المال كأنه **(قد ازداد في حقه من الربح من أجل موضع الضمان)** وذاك لا يجوز، **(وإنما يقتسمان الربح على)** وفق **(ما لو أعطاه على غير ضمان، وإن تلف المال)** من غير تَعدٍّ عن العامل **(لم أر على الذي أخذه)**، أي المال وهو العامل **(ضماناً)** وإن شرط ذلك رب المال، وذلك **(لأن شرط الضمان في القراض باطل)**.

قال الزرقاني[1]: فإن دفع على الضمان فسخ ما لم يعمل، فإن عمل بطل

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٥٢).

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً. وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَبْتَاعَ بِهِ إِلَّا نَخْلاً أَوْ دَوَابَّ. ....

الشرط، ورد إلى قراض مثله عند مالك، وعنه إلى أجرة مثله، وقاله الشافعي، وقال أبو حنيفة: القراض جائز والشرط باطل، انتهى.

وقال الموفق[١]: متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضيعة، فالشرط باطل لا نعلم فيه خلافاً، والعقد صحيح، نص عليه أحمد، وهو قول أبي حنيفة، وروي عن أحمد أن العقد يفسد، وحكي عن الشافعي والمذهب الأول، انتهى.

وفي «المحلى»: اختلفوا فيما إذا اشترط رب المال ضمان المال على المضارب، فقال أبو حنيفة وأحمد: يبطل الشرط والمضاربة صحيحة، وقال مالك والشافعي: تبطل المضاربة بهذا الشرط، كذا في «الرحمة في اختلاف الأمة»[٢]، انتهى.

وقال ابن رشد[٣]: إذا شرط رب المال الضمان على العامل، فقال مالك: لا يجوز القراض وهو فاسد، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة، وأصحابه: القراض جائز، والشرط باطل، وعمدة مالك أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد، وأما أبو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد في البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتماداً على حديث بريرة المتقدم. انتهى.

(قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً، واشترط عليه أن لا يبتاع به) أي لا يشتري المضارب بمال المضاربة **(إلا نخلاً أو دواب)** جمع دابة

(١) «المغني» (٧/ ١٧٦).

(٢) (ص٢٢٧).

(٣) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٣٨).

لِأَجْلِ أَنَّهُ يَطْلُبُ ثَمَرَ النَّخْلِ أَوْ نَسْلَ الدَّوَابِّ. وَيَحْبِسُ رِقَابَهَا. قَالَ مَالِكٌ: لَا يَجُوزُ هٰذَا. وَلَيْسَ هٰذَا مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ فِي الْقِرَاضِ. إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَ ذٰلِكَ. ثُمَّ يَبِيعَهُ كَمَا يُبَاعُ غَيْرُهُ مِنَ السِّلَعِ.

قَالَ مَالِكٌ: لَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُقَارِضُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ غُلَاماً يُعِينُهُ بِهِ. عَلَى أَنْ يَقُومَ مَعَهُ الْغُلَامُ ....

(لأجل أنه) أي رب المال **(يطلب)** ويبتغي **(ثمر النخل أو نسل الدواب ويحبس)** أي يريد أن يبقي **(رقابها)** أي رقاب النخل والدواب.

(قال مالك: لا يجوز هذا) الشرط **(وليس هذا من سنة المسلمين في القراض)** قال الزرقاني[1]: وبه قال سائر الفقهاء، فإن دفع لم يصح، وله أجر مثله فيما اشتراه والدواب والنخل لرب المال، قاله أبو عمر، انتهى.

قال الباجي[2]: وهذا كما قال: إنه لا يجوز أن يشترط رب المال على العامل أن يشتري به نخلاً، يوقف رقابها ويكون ربحها ثمارها؛ لأن العمل الذي يعامل عليه المقارض هو التجارة دون السقي والقيام على النخل، ولا يجوز أن يكون عوضاً عن سقي النخل، والقيام عليها غير مقدرة، ووجه آخر، وهو أنه قد يجد العامل بالرقاب الربح، فيكون ممنوعاً عنه، وهو المقصود بالقراض، انتهى.

(إلا أن يشتري ذلك) أي لا يجوز غير أن يشتري النخل والدواب **(ثم يبيعه كما يباع غيره من السلع)** بكسر ففتح جمع سلعة أي يبيع الدواب والنخل أيضاً، كما تباع عامة المبيعات في القراض.

(قال مالك: لا بأس أن يشترط المقارض على رب المال غلاماً يعينه به) أي يعين رب المال العامل بالغلام **(على أن يقوم معه)** أي مع العامل **(الغلام**

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٥٢).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٦٥).

فِي الْمَالِ. إِذَا لَمْ يَعِدْ أَنْ يُعِينَهُ فِي الْمَالِ. لَا يُعِينُهُ فِي غَيْرِهِ.

(٦) باب القراض في العروض

١٤٠٤/ ٧ ـ قَالَ يَحْيَىٰ: قَالَ مَالِكٌ: لَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ أَنْ يُقَارِضَ أَحَداً إِلَّا فِي الْعَيْنِ. لِأَنَّهُ لَا تَنْبَغِي ....

في المال إذا لم يعِدْ بصيغة المضارع من الوعد وضمير الفاعل إلى رب المال **(أن يعينه في المال)** خاصة **(لا يعينه في غيره)** أي لا يعينه في غير المال، وذلك لما تقدم في آخر ما يجوز من القراض، أن معونة الغلام على ثلاثة أوجه: منها: أن يعينه في حفظ المال خاصة هذا لا يجوز، وأما للخدمة والإعانة فجائز.

قال الدردير[1]: يجوز اشتراطُ ربِ المال عمل غلام غير رقيب على العامل بنصيب للغلام من الربح، وأولى بغير نصيب أصلاً احترازاً من جعل النصيب للسيد، أي إن كان نصيب فللغلام لا للسيد، وإلا فسد، وردّ لأجرة مثله، فالشرط أن لا يكون الغلام رقيباً، وأن لا يكون بنصيب للسيد، قال الدسوقي: قوله: غير رقيب أي غير جاسوس يتطلع على ما يفعله العامل في المال، ويخبر به ربه، انتهى.

(٦) القراض في العروض

وتقدم قريباً في «باب ما لا يجوز من القراض» ما قال مالك: لا يصلح القراض إلا في العين من الذهب والورق، ولا يكون في شيء من العروض، وتقدم فيه اختلاف الفقهاء في ذلك.

١٤٠٤/ ٧ ـ **(قال مالك: لا ينبغي لأحد أن يقارض)** ويضارب **(أحداً إلا في العين)** من الذهب والفضة **(ولا ينبغي)** ولا يصلح، وفي النسخ المصرية[2]:

---

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ٥٢١).

(٢) انظر: «الاستذكار» (٢١/ ١٥٥).

الْمُقَارَضَةُ فِي الْعُرُوضِ. لِأَنَّ الْمُقَارَضَةَ فِي الْعُرُوضِ إِنَّمَا تَكُونُ عَلَى أَحَدِ وَجْهَيْنِ. إِمَّا أَنْ يَقُولَ لَهُ صَاحِبُ الْعَرْضِ: خُذْ هٰذَا الْعَرْضَ فَبِعْهُ. فَمَا خَرَجَ مِنْ ثَمَنِهِ فَاشْتَرِ بِهِ. وَبِعْ عَلَى وَجْهِ الْقِرَاضِ. فَقَدِ اشْتَرَطَ صَاحِبُ الْمَالِ فَضْلًا لِنَفْسِهِ. مِنْ بَيْعِ سِلْعَتِهِ وَمَا يَكْفِيهِ مِنْ مَؤُونَتِهَا. أَوْ يَقُولَ: اشْتَرِ بِهٰذِهِ السِّلْعَةِ وَبِعْ. فَإِذَا فَرَغْتَ فَابْتَعْ لِي مِثْلَ عَرْضِي الَّذِي دَفَعْتُ إِلَيْكَ. فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ فَهُوَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ. وَلَعَلَّ

لأنه لا تنبغي **(المقارضة في العروض)** وبين وجه عدم جوازه بقوله: **(لأن المقارضة في العروض إنما تكون على أحد وجهين)** وكل منهما ممنوع **(إما أن يقول له)** أي للعامل **(صاحب العرض: خذ هذا العرض)** الذي عندي **(فبعه)** أولاً **(فما خرج)** وحصل **(من ثمنه)** بعد البيع فهو رأس مال المضاربة **(فاشتر به وبع)** أي اتّجر به **(على وجه القراض)** ففي هذه الصورة **(فقد اشترط صاحب المال)** مالك العروض **(فضلاً)** أي زيادة **(لنفسه)** على المضارب **(من بيع سلعته)** بيان للفضل **(وما يكفيه)** عطف على بيع **(من مؤنتها)** أي مؤنة بيع السلعة، فإن ما حصلت المؤنة للعامل من بيع عروضه أولاً ضاع له بلا أجر.

(أو) يجعل العرض نفسه رأس مال المضاربة، وهو الوجه الثاني من الوجهين المذكورين، وعلى هذا **(يقول)** صاحب العرض للعامل: **(اشتر بهذه السلعة)** مال المضاربة **(وبع)** إياها **(فإذا فرغت)** بصيغة الخطاب، أي أتممت عمل المضاربة وحصل لك العين بالتجارة **(فابتع لي مثل عرضي)** هذا **(الذي دفعتُ)** بصيغة المتكلم **(إليك)** لأن في المضاربة يجب أن يسلم أولاً رأس المال إلى ربه، وهو كان في هذه الصورة عروضاً، فلا بد من شرائه ليسلمه إلى رب المال.

(فإن فضل شيء) من الربح بعد شرائك مثل عروضي **(فهو)** ربح **(بيني وبينك)** وهذا ظاهر الفساد، ثم أوضح فساده فقال: **(ولعل)** أي يحتمل أن

صَاحِبَ الْعَرْضِ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى الْعَامِلِ فِي زَمَنٍ هُوَ فِيهِ نَافِقٌ. كَثِيرُ الثَّمَنِ. ثُمَّ يَرُدَّهُ الْعَامِلُ حِينَ يَرُدُّهُ وَقَدْ رَخُصَ. فَيَشْتَرِيهِ بِثُلُثِ ثَمَنِهِ. أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذٰلِكَ. فَيَكُونُ الْعَامِلُ قَدْ رَبِحَ نِصْفَ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِ الْعَرْضِ. فِي حِصَّتِهِ مِنَ الرِّبْحِ. أَوْ يَأْخُذَ الْعَرْضَ فِي زَمَانٍ ثَمَنُهُ فِيهِ قَلِيلٌ. فَيَعْمَلُ فِيهِ حَتَّى يَكْثُرَ الْمَالُ فِي يَدَيْهِ. ثُمَّ يَغْلُو ذٰلِكَ الْعَرْضُ. وَيَرْتَفِعُ ثَمَنُهُ حِينَ يَرُدُّهُ. فَيَشْتَرِيهِ بِكُلِّ مَا فِي يَدَيْهِ. فَيَذْهَبُ عَمَلُهُ وَعِلَاجُهُ بَاطِلاً. فَهٰذَا غَرَرٌ لَا يَصْلُحُ. ....

(**صاحب العرض**) رب المال (**أن يدفعه إلى العامل في زمان هو**) أي العرض (**فيه نافق**) أي رائج، فيكون حينئذ (**كثير الثمن**) يكون قيمته ألف دينار مثلاً، (**ثم يرده العامل حين يرده**) بعد الفراغ عن المضاربة (**وقد رخص**) بضم الخاء أي صار ثمنها رخيصاً جداً (**فيشتريه**) من السوق (**بثلث ثمنه أو أقل من ذلك**) أي أقل من الثلث أيضاً فيشتريه بمائة دينار مثلاً، ويكون ثمانمائة الباقية من ثمنه الأول في الربح (**فيكون العامل قد ربح**) أي أخذ في الربح (**نصف ما نقص من ثمن العرض**) وهو أربعمائة أخذها (**في حصته من الربح**) وقد كان في الابتداء رأس المال.

(**أو**) يكون تارة خلاف الصورة السابقة بأن (**يأخذ**) العامل (**العرض**) من رب المال (**في زمان ثمنه فيه قليل**) مائتا دينار مثلاً (**فيعمل فيه**) ويتجر في ثمنه (**حتى يكثر المال في يديه**) ويبلغ ألف دينار.

(**ثم**) إذا أراد قسمة الربح بعد رد رأس المال، فيشتري **ذلك** العرض لرد رأس المال (**يغلو ذلك العرض ويرتفع ثمنه حين يرده**) إلى رب العرض، حتى يصير قيمته ألف دينار (**فيشتريه بكل ما في يديه**) ليرده إلى رب العروض (**فيذهب عمله وعلاجه**) عطف تفسير أي ما عالج من المشقة في التجارة (**باطلاً**) بلا ربح؛ لأن ألف دينار الذي حصل له بالتجارة، قد صار حينئذ قيمة ذلك العرض (**فهذا غرر**) لا يدرى أيحصل له شيء بعد الربح أيضاً أم لا؟ و(**لا يصلح**) أي لا

فَإِنْ جُهِلَ ذٰلِكَ. حَتَّى يَمْضِيَ. نُظِرَ إِلَى قَدْرِ أَجْرِ الَّذِي دُفِعَ إِلَيْهِ الْقِرَاضُ، فِي بَيْعِهِ إِيَّاهُ، وَعِلَاجِهِ فَيُعْطَاهُ. ثُمَّ يَكُونُ الْمَالُ قِرَاضاً. مِنْ يَوْمَ نَضَّ الْمَالُ. وَاجْتَمَعَ عَيْناً. وَيُرَدُّ إِلَى قِرَاضٍ مِثْلِهِ.

يجوز فيفسخ العقد قبل الشروع في عمل التجارة **(فإن جهل)** أحد **(ذلك)** أي عدم الجواز، وشرع في العقد واستمر عليه **(حتى يمضي)** وينقضي العمل **(نظر إلى قدر أجر)** أي تخمين أجرة **(الذي دفع إليه القراض)** وهو العامل **(في بيعه إياه وعلاجه)** في التجارة **(فيعطاه)** أي أجر المثل **(ثم يكون المال قراضاً من يوم نض المال)** نقداً **(واجتمع عيناً)** تفسير لقوله: نض **(ويرد إلى قراض مثله)**.

قال الزرقاني[1]: وهذا بيانٌ شافٍ لكراهة القراض بالعروض، لا يشكل على من له أدنى تأمل، قاله أبو عمر، انتهى.

قال الباجي[2]: وهذا كما قال: إنه لا ينبغي القراض إلا بالعين، الدراهم والدنانير، وقد تقدم تفسير ذلك، فإن قارضه بعرض، فإن ذلك يكون على وجهين: **أحدهما**: أن يقول له: بع هذا العرض، فإذا نضَّ ثمنه، فاعمل به قراضاً يكون الثمن رأس المال فهذا لا يجوز، وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: هو جائز، والدليل على ما نقوله أن هذا شرط مستأنف، فلم يجز تعليق القراض به وهو قراض، وإجارة، فلم يجز أن يجتمعا في عقد واحد.

والوجه الثاني: أن يقول له: خذ هذا العرض على القراض يكون العرض رأس المال ترد إليّ بعد تمام العمل مثله، فما فضل شيء فهو ربح بيني وبينك، وهذا أيضاً لا يجوز خلافاً لابن أبي ليلى في تجويزه لذلك.

والدليل عليه ما احتجّ به مالك من الغرر، وهو أنه يجوز أن يأخذ العرض في وقت رخصه، ويرده في وقت غلائه، فيذهب رب المال بربح

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٥٣).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٦٦).

....

المال، أو يأخذه في وقت نفاقه، ويرده في وقت كساده، فيشتريه ببعض رأس المال، ويقاسمه البعض الآخر دون أن ينمي بعمله، ولذلك لم يجز القراض بما تختلف أسواقه، ويختص ببعض الأوقات نفاقه.

وقوله: إن جهل ذلك حتى يمضي إلى آخر الفصل يريد في الوجهين جميعاً أنه لما كان القراض لا يجوز إلا بالعين، وجب أن يصحح به عند الفوات، فيكون القراض من وقت صحّ الثمن، وحصل بيد العامل، وما كان قبل ذلك، فلا يمكن ردّه إلى القراض الصحيح؛ لأنه لا يصحُّ القراض به لوجه، فكان فيه أجرة المثل، اهـ.

وفي «البدائع»[١]: أما الذي يرجع إلى رأس المال، فأنواع: منها: أن يكون رأس المال من الدراهم والدنانير عند عامة العلماء، فلا تجوز المضاربة بالعروض، وعند مالك هذا ليس بشرط، وتجوز المضاربة بالعروض، والصحيح قول العامة؛ لأن ربح ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن؛ لأن العروض تتعين عند الشراء بها، والمعين غير مضمون حتى لو هلكت قبل التسليم لا شيء على المضارب، فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن، ولأن المضاربة بالعروض تؤدي إلى جهالة الربح وقت القسمة؛ لأن قيمة العروض تعرف بالحزر والظن، وتختلف باختلاف المقومين، والجهالة تفضي إلى المنازعة، وهذا لا يجوز.

وقد قالوا: إنه لو دفع إليه عروضاً، فقال: بعها واعمل بثمنها مضاربة، فباعها بدراهم أو دنانير، وتصرف فيها جاز؛ لأنه لم يضف المضاربة إلى العروض، وإنما أضافها إلى الثمن، والثمن تصح به المضاربة، اهـ.

قلت: ما حكي من مذهب الإمام مالك، وهكذا حكى عنه الموفق كما

(١) «بدائع الصنائع» (٥/ ١١٣).

(٧) باب الكراء في القراض

١٤٠٥/٨ ـ قَالَ يَحْيَىٰ: قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضاً. فَاشْتَرَى بِهِ مَتَاعاً. فَحَمَلَهُ إِلَى بَلَدِ التِّجَارَةِ. فَبَارَ عَلَيْهِ. وَخَافَ النُّقْصَانَ إِنْ بَاعَهُ. فَتَكَارَى عَلَيْهِ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ. فَبَاعَ بِنُقْصَانٍ. فَاغْتَرَقَ الْكِرَاءُ أَصْلَ الْمَالِ كُلَّهُ.

قَالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَ فِيمَا بَاعَ وَفَاءٌ لِلْكِرَاءِ، فَسَبِيلُهُ ذٰلِكَ. .....

تقدم في «باب ما لا يجوز من القراض» فلعل المراد ما في هذا الباب من قوله: فإن جهل إلى آخر الفصل، وإلا فعامة كتب مذهبه تأبى الجواز بالعروض، فتأمل.

(٧) الكراء في القراض

يعني حكم الكراء ومؤن الحمل في مال القراض.

١٤٠٥/٨ ـ **(قال مالك في رجل)** وهو العامل **(دفع إليه رجل)** وهو رب المال **(مالاً قراضاً)** هكذا في النسخ الهندية، وفي أكثر المصرية: في رجل دفع إلى رجل مالاً، وهو أيضاً واضح، وفي بعضها: في رجل دُفِعَ إليه مال، وعلى هذا الفعل مبني للمجهول، والمؤدى واحد **(فاشترى)** العامل **(به متاعاً فحمله إلى بلد للتجارة)** أي ليبيعه فيها **(فبار)** بالموحدة والراء المهملة أي كسد في هذا البلد **(عليه)** أي على العامل **(وخاف)** عليه **(النقصان إن باعه)** في هذا البلد **(فتكارى عليه)** أي أكرى على حمل المتاع مرة أخرى وذهب به **(إلى بلد آخر)** ولم يجد الغلاء في هذا البلد الثاني أيضاً **(فباع)** المتاع **(بنقصان فاغترق)** واستوفى **(الكراء أصل المال)** أي رأس المال **(كله)** أو زاد عليه أيضاً.

(قال مالك) في الصورة المذكورة: **(إن كان فيما باع)** من الثمن **(وفاء للكراء)** الذي بذله العامل في أسفار البلاد **(فبسبيل ذلك)** وفي النسخ المصرية: فسبيله ذلك، يعني يوفي الكراء مما باع، ولا شيء لرب المال ولا غرم على العامل.

وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الْكِرَاءِ شَيْءٌ، بَعْدَ أَصْلِ الْمَالِ كَانَ عَلَى الْعَامِلِ. وَلَمْ يَكُنْ عَلَى رَبِّ الْمَالِ مِنْهُ شَيْءٌ يُتْبَعُ بِهِ. وَذٰلِكَ أَنَّ رَبَّ الْمَالِ إِنَّمَا أَمَرَهُ بِالتِّجَارَةِ فِي مَالِهِ. فَلَيْسَ لِلْمُقَارِضِ أَنْ يَتْبَعَهُ بِمَا سِوَى ذٰلِكَ مِنَ الْمَالِ. وَلَوْ كَانَ ذٰلِكَ يُتْبَعُ بِهِ رَبُّ الْمَالِ لَكَانَ ذٰلِكَ دَيْناً عَلَيْهِ. مِنْ غَيْرِ الْمَالِ الَّذِي قَارَضَهُ فِيهِ. فَلَيْسَ لِلْمُقَارِض أَنْ يَحْمِلَ ذٰلِكَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ.

(وإن بقي من الكراء شيء بعد أصل المال) أي زاد من الكراء على رأس المال أيضاً **(كان)** الزائد **(على العامل)** يغرمه **(ولم يكن على رب المال منه)** أي من الكراء الزائد **(شيء يتبع به)** ويُؤخذ منه **(وذلك)** أي وجه عدم اتباع رب المال بالزائد **(أن رب المال إنما أمره بالتجارة في ماله)** الذي دفعه إليه، وهو رأس مال القراض **(فليس للمقارض)** بفتح الراء أي للعامل **(أن يتبعه)** أي رب المال **(بما سوى ذلك من المال)** الذي عنده.

(ولو كان ذلك) الكراء الزائد **(يتبع به)** ببناء المجهول **(رب المال)** نائب الفاعل أي لو ألزم رب المال بذلك الزائد **(لكان ذلك)** الزائد **(دينا عليه من غير المال الذي قارضه فيه)** من مال بيته **(فليس للمقارض أن يحمل ذلك)** الزائد **(على رب المال)** لأنه إنما أطلق يده على رأس مال القراض دون غيره من أموال بيته.

قال الباجي[١]: وهذا كما قال: لأن رب المال أطلق يد العامل من ماله على رأس مال القراض دون غيره، فكل ما عمل فيه العامل من عمل على وجه النظر عاد ذلك بخسران أو ربح، فإنه يلزمه فيه دون سائر أمواله، فإن لحق العامل بعد ذلك غرم بسبب مال القراض، فهو ملتزم متعد في التزامه، فكان عليه غرمه، اهـ.

---

(١) «المنتقى» (٥/١٦٦).

(٨) باب التعدّي في القراض

٩/١٤٠٦ ـ قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً. فَعَمِلَ فِيهِ فَرَبِحَ. ثُمَّ اشْتَرَى مِنْ رِبْحِ الْمَالِ أَوْ مِنْ جُمْلَتِهِ جَارِيَةً. فَوَطِئَهَا. ....

قال ابن رشد[١]: لا أعلم خلافاً بين فقهاء الأمصار أنه إن تكارى العامل على السلع إلى بلد، فاستغرق الكراء قيم السلع، وفضل عليه فضلة أنها على العامل لا على رب المال؛ لأن رب المال إنما دفع ماله إليه ليتّجر به، فما كان من خسران في المال فعليه، وكذلك ما زاد على المال واستغرقه، اهـ.

(٨) التعدي في القراض

قال الموفق[٢]: إذا تَعَدَّىٰ المضاربُ، وفعل ما ليس له فعله أو اشترى شيئاً نُهي عن شرائه، فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم، روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة ونافع وإياس والشعبي والنخعي والحكم وحماد ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي. وعن علي ـ رضي الله عنه ـ: لا ضمان على من شورك في الربح، وروي معنى ذلك عن الحسن والزهري، اهـ.

٩/١٤٠٦ ـ **(قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فعمل فيه)** المضارب **(فربح)** في المال **(ثم اشترى)** المضارب **(من ربح المال أو)** اشترى **(من جملته)** أي رأس المال والربح جميعاً **(جارية)** للقراض أو على وجه السلف منه، قاله الزرقاني[٣] **(فوطئها)** المضارب، زاد في النسخ الهندية بعد ذلك لفظ «جارية»، وليس هذا في النسخ المصرية، والظاهر أنه تحريف من

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٤١).

(٢) «المغني» (٧/ ١٦٢).

(٣) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٥٤).

فَحَمَلَتْ مِنْهُ. ثُمَّ نَقَصَ الْمَالُ. قَالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، أُخِذَتْ قِيمَةُ الْجَارِيَةِ مِنْ مَالِهِ. فَيُجْبَرُ بِهِ الْمَالُ. فَإِنْ كَانَ فَضْلٌ بَعْدَ وَفَاءِ الْمَالِ. فَهُوَ بَيْنَهُمَا عَلَى الْقِرَاضِ الْأَوَّلِ. وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَفَاءٌ، بِيعَتِ الْجَارِيَةُ حَتَّى يُجْبَرَ الْمَالُ مِنْ ثَمَنِهَا.

الناسخ، فلعله كان في الأصل بين السطور بياناً لضمير وطئها كتبه بعض النساخ في نسق الكتاب (**فحملت منه**) أي من المضارب أو الوطء (**ثم نقص المال**) أي مال المضاربة.

(**قال مالك**) في الصورة المذكورة: (**إن كان له**) أي للعامل (**مال**) بأن كان موسراً (**أُخِذَت**) ببناء المجهول (**قيمة الجارية من ماله**) أي مال العامل (**فيجبر**) ببناء المجهول (**به المال**) أي يكمل نقصانه.

(**فإن كان فضل**) أي بقي شيء من المال (**بعد وفاء**) رأس (**المال**) لرب المال (**فهو**) أي الفضل (**بينهما**) يقتسمان به (**على**) ما شرطا في (**القراض الأول**) من نصف أو ثلث أو غيرهما (**وإن لم يكن له وفاء**) أي لم يكن للعامل مال يوفي به قيمة الجارية (**بيعت الجارية**) لرجل آخر (**حتى**) للتعليل أي لأجل أن (**يجبر المال**) أي رأس مال المضاربة (**من ثمنها**) الذي بيعت به.

قال الباجي[1]: وهذا كما قال: إن من ابتاع جارية من مال القراض، فوطئها فحملت منه، فإن كان له مال أخذت منه قيمتها، ولا فرق في هذا بين أن يبتاعها من مال القراض على وجه الاستيلاد، وبين أن يكون بيده جارية من مال القراض، فيطؤها، فتحمل منه، وإن كان عديماً، فتعدى على جارية من القراض، فوطئها، فحملت، كان صاحب المال مخيراً بين أن يضمنها له، ويتبعه بقيمتها في ذمته، والقيمة في ذلك يوم الوطء، وليس له من قيمة ولدها ولا مما نقصها الوطء شيء، وبين أن تباع عليه جميعاً إن لم يكن في المال

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٦٧).

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً. فَتَعَدَّى فَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً. وَزَادَ فِي ثَمَنِهَا مِنْ عِنْدِهِ ....

ربح، أو حصته منها إن كان في المال ربح، فإن نقص ثمن ما بيع منها من ذلك النصيب الذي بيعت عن قيمتها يوم الوطء اتبعته بذلك النقصان بنصيبه، إلى آخر ما بسط الباجي من فروعه.

وقال الموفق[١]: ليس للمضارب وطء أمةٍ من المضاربة، سواء ظهر في المال ربحٌ أو لم يظهر، فإن فعل فعليه المهر والتعزيرُ، وإن علقت منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق؛ لأنها علقت منه في غير ملك ولا شبهة ملك، ولا تصير أم ولد له لذلك، وإن ظهر في المال ربح فالولد حُرٌّ، وتصير أم ولد له وعليه قيمتها، ونحو هذا قال سفيان وإسحاق، وقال القاضي: إن لم يظهر ربحٌ فعليه الحد، لأنه وَطِئَ في غير ملك ولا شبهة ملك، والمنصوص عن أحمد أن عليه التعزير؛ لأن ظهور الربح ينبني على التقويم، والتقويم غير متحقق.

وإذا أذن رب المال للمضارب في الشراء من مال المضاربة، فاشترى جارية ليتسرى بها خرج ثمنها من المضاربة، وصار قرضاً في ذمته؛ لأن استباحة البضع لا تحصل إلا بملكه، اهـ. وبسط صاحب «الهداية» وغيره من فقهاء الحنفية في فروع المسألة لا يسعها هذا المختصر.

(قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فتعدى) العامل **(فاشترى به سلعة)** تزيد قيمتها على مال المضاربة **(وزاد)** العامل **(في ثمنها من عنده)** يعني قضى العامل من عند نفسه ما زاد على رأس المال وأطلق عليه التعدي؛ لأن ذلك لا يجوز عند مالك.

قال ابن رشد[٢]: اختلفوا في العامل يستدين مالاً، فيتّجر به مع مال

---

(١) «المغني» (٧/ ١٥٥).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٤١).

قَالَ مَالِكٌ: صَاحِبُ الْمَالِ بِالْخِيَارِ. إِنْ بِيعَتِ السِّلْعَةُ بِرِبْحٍ أَوْ وَضِيعَةٍ. أَوْ لَمْ تُبَعْ. إِنْ شَاءَ أَنْ يَأْخُذَ السِّلْعَةَ، أَخَذَهَا وَقَضَاهُ مَا أَسْلَفَهُ فِيهَا. وَإِنْ أَبَىٰ، كَانَ الْمُقَارِضُ شَرِيكاً لَهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ فِي النَّمَاءِ وَالنُّقْصَانِ. بِحِسَابِ مَا زَادَ الْعَامِلُ فِيهَا مِنْ عِنْدِهِ.

القراض، فقال مالك: ذلك لا يجوز، وقال الشافعي وأبو حنيفة: ذلك جائز، ويكون الربح بينهما على شرطهما، اهـ.

لكن قال الدردير[١]: جاز للعامل خلطه من غير شرط وإن بماله، وشارك العامل رب المال إن زاد فيختص بربح الزيادة وخسرها، اهـ. فتأمل.

(قال مالك) في الصورة المذكورة: **(صاحب)** رأس **(المال)** فيها **(بالخيار)** في الأمرين الآتي بيانهما **(إن بيعت السلعة المذكورة بربح أو)** بيعت **(بوضيعة)** أي بنقصان **(أو لم تبع)** أصلاً يعني هو مخير في الصور الثلاثة **(إن شاء)** رب المال وهو أول الأمرين المخيرين **(أن يأخذ السلعة)** مفعول شاء **(أخذها)** جزاء الشرط **(وقضاه)** أي قضى رب المال العامل **(ما أسلفه فيها)** يعني يقضي العامل ما زاد هو من عند نفسه **(وإن أبى)** رب المال من أخذها بذلك، وهذا هو الأمر الثاني من الأمرين المخيرين **(كان المقارض شريكاً له)** أي لرب المال **(بحصته من الثمن)** الزائد الذي أداه من عند نفسه، وإذا شرك معه فيكون شريكاً **(في النماء)** أي الربح **(والنقصان)** كما هو دأب الشركاء **(بحساب ما زاد العامل فيها من عنده)**.

وقال الموفق[٢]: ليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال؛ لأن الإذن ما تناول أكثر منه، فإن كان رأس المال ألفاً، فاشترى عبداً بألف، ثم اشترى عبداً آخر بعين الألف، فالشراء فاسد؛ لأنه اشتراه بمال يستحق تسليمه في البيع

---

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ٥٢٣).

(٢) «المغني» (٧/ ١٥٥).

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ أَخَذَ مِنْ رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً. ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَى رَجُلٍ آخَرَ. فَعَمِلَ فِيهِ قِرَاضاً بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ: إِنَّهُ ضَامِنٌ لِلْمَالِ. إِنْ نَقَصَ فَعَلَيْهِ النُّقْصَانُ. ....

الأول، وإن اشتراه في ذمته صحَّ الشراء، والعبد له؛ لأنه اشترى في ذمته لغيره ما لم يأذن له في شرائه فوقع له، وهل يقف على إجازة رب المال؟ على روايتين. ومذهب الشافعي كنحو ما ذكرنا، اهـ.

وفي «العالمگيرية»: لو دفع إليه ألف درهم مضاربة، فاشترى المضارب بها وبألف من ماله جارية، ثم خلط الألفين قبل أن ينقدهما بعد الشراء، ثم نقدهما، فلا ضمان عليه، فإن باعها بعد ذلك، وقبض الثمن مختلطاً فلا ضمان عليه، وله أن يشتري بالثمن بعد ذلك ويبيع، فيكون نصفه على المضاربة حصة ما اشترى من الجارية بمال المضاربة ونصفه للمضارب حصة ما اشترى منها بمال نفسه، ولو أنه حين أخذ ألف المضاربة خلطها بألف من ماله قبل أن يشتري بها، ثم اشترى بها كان مشترياً لنفسه، وهو ضامن لمال المضاربة، انتهى.

وفي «رد المحتار»[1]: إذا اشترى بأكثر من المال كانت الزيادة له، ولا يضمن بهذا الخلط الحكمي، اهـ.

(قال مالك في رجل) أي عمرو مثلاً **(أخذ من رجل)** أي زيد **(مالاً قراضاً ثم دفعه)** أي دفع عمرو مال المضاربة **(إلى رجل آخر)** ثالث، وهو بكر مثلاً **(فعمل)** بكر **(فيه)** أي في المال **(قراضاً بغير إذن صاحبه)** أي صاحب المال زيد **(إنه)** أي عمرو **(ضامن للمال)** المذكور **(وأنه إن نقص المال فعليه)** أي على عمرو **(النقصان)** أي جبره إذ هو متعدٍّ؛ لأنه لم يكن له دفع المال إلى بكر قراضاً بغير إذن زيد.

---

(١) (٨/٥٠٣).

وَإِنْ رَبِحَ فَلِصَاحِبِ الْمَالِ شَرْطُهُ مِنَ الرِّبْحِ. ثُمَّ يَكُونُ لِلَّذِي عَمِلَ، شَرْطُهُ بِمَا بَقِيَ مِنَ الْمَالِ.

(وإن ربح) بكر في هذا المال **(فلصاحب المال)** أي لزيد **(شرطه)** يعني ما شرط لعمرو **(من الربح)** إن شرط نصف الربح مثلاً فيأخذ زيد نصف الربح **(ثم يكون للذي عمل)** وهو بكر **(شرطه)** اسم يكون، يعني مقدار ما شرط مع عمرو، فإن شرط هو أيضاً النصف مثلاً، فيأخذ بكر النصف **(مما بقي من المال)** بعد أخذ زيد رأس المال ونصف الربح، فيكون لبكر ربع الربح ولعمرو ربعه.

قال أبو عمر: لا أعلم خلافاً في هذا إلا أن المزني قال: ليس للثاني أي لبكر إلا أجر مثله؛ لأنه عمل على فساد مال القراض، وهو أصل الشافعي في الجديد، وقوله في القديم كمالك، اهـ. قاله الزرقاني[1].

وما حكي من الإجماع مشكل، فقد قال الموفق[2]: ليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة، نص عليه أحمد في رواية الأثرم وغيره، وخَرَّجَ القاضي وجهاً في جواز ذلك بناءً على توكيل الوكيل من غير إذن الموكل، ولا يصحُّ هذا التخريج.

وقياسه على الوكيل ممتنعٌ لوجهين: **أحدهما**: أنه إنما دفع إليه المال ههنا ليضارب به، وبدفعه إلى غيره يخرج عن كونه مضارباً به بخلاف الوكيل، **والثاني**: أن هذا يوجب في المال حقاً لغيره، ولا يجوز إيجاب حق في مال إنسان بغير إذنه، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، ولا أعلم عن غيرهم خلافهم، فإن فعل فلم يتلف المال، ولا ظهر فيه ربح ردّه إلى مالكه، ولا شيء له ولا عليه.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٥٥).

(٢) «المغني» (٧/ ١٥٦).

....

وإن تلف أو ربح فيه، فقال الشريف أبو جعفر: هو في الضمان، والتصرف كالغاصب، ولرب المال مطالبة من شاء منهما برد المال إن كان باقياً وبرد بدله إن كان تالفاً، وإن ربح في المال، فالربح لمالكه، ولا شيء للمضارب الأول، لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل، وهل للثاني أجر مثله؟ على روايتين؛ إحداهما: له ذلك؛ لأنه عمل في مال غيره بعوض، لم يسلم إليه، فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة، والثانية: لا شيء له؛ لأنه عمل في مال غيره بغير إذنه، فلم يستحق لذلك عوضاً كالغاصب، وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة.

ويحتمل أنه إن اشترى في الذمة يكون الربح له، قال الشريف أبو جعفر: هذا قول أكثرهم يعني قول مالك والشافعي وأبي حنيفة، ويحتمل أنه إن كان عالماً بالحال فلا شيء للعامل كالغاصب، وإن جهل الحال، فله أجر مثله يرجع به على المضارب الأول؛ لأنه غَرَّه، واستعمله بعوض لم يحصل له، فوجب أجره عليه، كما لو كان استعمله في مال نفسه.

وقال القاضي: إن اشترى بعين المال فالشراء باطل، وإن كان اشترى في الذمة ثم نقد المال، وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف، فدفعه المضارب إلى آخر على أن يكون لرب المال النصف، والنصف الآخر بينهما فهو على ما اتفقوا عليه، لأن رب المال رضي بنصف الربح، فلا يدفع إليه أكثر منه، والعاملان على ما اتفقا عليه، وهذا قول قديم للشافعي، وليس هذا موافقاً لأصول المذهب، ولا لنص أحمد، فإن أحمد قال: لا يطيب الربح للمضارب، ولأن المضارب الأول ليس له عمل ولا مال، ولا يستحق الربح في المضاربة إلا بواحد منهما، والعامل الثاني عمل في مال غيره بغير إذنه ولا شرطه، فلم يستحق ما شرط له غيره، كما لو دفعه إليه الغاصب مضاربةً، اهـ.

....

وفي «الهداية»[١]: إذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربةً، ولم يأذن له رب المال يضمن بالدفع، ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح، فإذا ربح ضمن الأول لرب المال، وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة، وقالا: إذا عمل به ضمن، ربح أو لم يربح، وهذا ظاهر الرواية، وقال زفر: يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل، وهو رواية عن أبي يوسف، ثم إن ضمن الأول صحَّتِ المضاربة بين الأول وبين الثاني، وكان الربح بينهما على ما شرطا، لأنه ظهر ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضي به.

فصار كما إذا دفع مال نفسه، وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد، لأنه عامل له كما في المودع، ولأنه أي الثاني مغرورٌ من جهته، أي الأول في ضمن العقد، وتصح المضاربة الثانية، والربح بينهما على ما شرطا؛ لأن قرار الضمان على الأول، فكأنه أي رب المال ضمنه أي الأول ابتداءً، وليطيب الربح للمضارب الثاني، ولا يطيب للأعلى أي المضارب الأول؛ لأن الأسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل، والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان، فلا يعرى عن نوع خبث، انتهى بزيادة التوضيح.

وقال ابن نجيم[٢]: وإذا عمل الثاني خيّر ربُ المال إن شاء ضَمَّن الأولَ رأسَ ماله، وإن شاء ضَمَّنَ الثاني، وإن اختار رب المال أن يأخذ الربح، ولا يضمن ليس له ذلك، كذا في «المبسوط»، فإن ضَمَّن الأول صَحَّتِ المضاربةُ بينه وبين الثاني، وكان الربح على ما شرطا، وإن ضَمَّن الثاني رجع بما ضَمَّنَ على الأول، وصَحَّت بينهما، وكان الربح بينهما، وطاب للثاني ما ربح دون الأول، اهـ.

---

(١) (٣/ ٦/ ١٨٢).

(٢) «البحر الرائق» (٧/ ٢٦٦).

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ تَعَدَّى فَتَسَلَّفَ مِمَّا بِيَدَيْهِ مِنَ الْقِرَاضِ مَالاً. فَابْتَاعَ بِهِ سِلْعَةً لِنَفْسِهِ. قَالَ مَالِكٌ: إِنْ رَبِحَ، فَالرِّبْحُ عَلَى شَرْطِهِمَا فِي الْقِرَاضِ. وَإِنْ نَقَصَ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِلنُّقْصَانِ.

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً. فَاسْتَسْلَفَ مِنْهُ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ الْمَالُ مَالاً. وَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً لِنَفْسِهِ: إِنَّ صَاحِبَ الْمَالِ بِالْخِيَارِ. إِنْ شَاءَ شَرِكَهُ فِي السِّلْعَةِ عَلَى قِرَاضِهَا. وَإِنْ شَاءَ خَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا. وَأَخَذَ مِنْهُ رَأْسَ الْمَالِ كُلَّهُ. وَكَذٰلِكَ يُفْعَلُ بِكُلِّ مَنْ تَعَدَّى.

(قال مالك في رجل) مضارب **(تَعَدَّىٰ)** أي فعل ما لا يجوز **(فَتَسَلَّفَ)** أي أخذ سلفاً لنفسه، وفي النسخ الهندية: فيسلف، والأوجه الأول **(مما بيديه من)** مال **(القراض مالاً، فابتاع به)** أي بما تسلف **(سلعة لنفسه)** خاصة.

(قال مالك) في الصورة المذكورة: **(إن ربح)** العامل المتسلف في تلك السلعة **(فالربح)** بين العامل ورب المال **(على شرطهما)** أي على ما شرطا عند بدء المضاربة **(في القراض، وإن نقص)** وخسر العامل في تلك السلعة **(فهو ضامن للنقصان)** لتعديه، اهـ.

(قال مالك في رجل) أي رب المال **(دفع إلى رجل)** عامل **(مالاً قراضاً فاستسلف)** أي تَسلَّف **(منه)** أي من المال المذكور **(المدفوع إليه المال)** وهو العامل فاعل استسلف **(مالاً)** مفعوله، وليس في النسخ الهندية «مالاً»، وفيها محله لنفسه **(واشترى به سلعة لنفسه)** خاصة **(إن صاحب المال)** هو مقولة الإمام مالك **(بالخيار)** في ذلك **(إن شاء شركه)** أي العامل **(في السلعة على قراضها)** أي إن شاء جعل هذه السلعة في حكم القراض بينهما **(وإن شاء خَلَّى بينه)** أي بين العامل **(وبينها)** أي بين السلعة **(وأخذ)** رب المال **(منه)** أي من العامل **(رأس ماله)** بلا ربح **(وكذلك يُفْعَلُ)** ببناء المجهول **(بكل ما تعدّى)** العامل.

....

قال الزرقاني[(١)]: بلا خلاف أعلمه سواء اشتراها للتجارة أو القنية، ومعنى المسألتين متقارب، بل واحد، قاله أبو عمر، غايته أن الثانية أوضح، اهـ.

قلت: وما يظهر من كلام الباجي[(٢)] أن الفرق بينهما بما قبل البيع وبعده إذ قال: إن من أخذ مالاً على وجه القراض، فَتَعَدَّىٰ ما أمر به، واستسلف لينفرد بربحه، فإن ذلك لا يخلو من أن يظهر عليه قبل أن يبيع ما اشتراه به أو بعد ذلك، فإن كان قبل أن يبيعه، فإن الذي دفعه إليه بالخيار بين أن يردّه إلى القراض الذي عقداه بينهما، أو يسلمه إليه، ويضمنه رأس المال، وإن علم بذلك بعد البيع، فإن كان ربح، فهو بينهما على ما شرطاه من القراض، وإن كان فيه نقصٌ، ضمنه العامل للتعدي.

ووجه ذلك أن من أخذ مالاً على وجه التنمية، فليس له أن يصرفه عن ذلك الوجه إلى ما ينفرد بمنفعته؛ لأن ذلك تصرف في مال الغير بدون إذنه، فإن فعل فهو متعدٍّ، ويكون الدافع بالخيار بين أن يصرفه إلى ذلك الوجه الذي دفعه عليه، وبين أن يمضي له تعديه ويُضَمِّنُه المال، اهـ.

وقال الموفق[(٣)]: متى اشترى ما لم يُؤْذَنْ فيه، فربح، فالربح لرب المال، نَصَّ عليه أحمدُ، وبه قال أبو قلابة ونافع، وعن أحمد: أنهما يتصدَّقان بالربح، وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وحماد، وقال القاضي: قول أحمد: يتصدقان بالربح على سبيل الورع، وهو لرب المال في القضاء، وهذا قول الأوزاعي، وقال إياس بن معاوية ومالك: الربح على ما شرطاه؛ لأنه نوع

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٥٥).

(٢) انظر: «المنتقى» (٥/ ١٧٠).

(٣) «المغني» (٧/ ١٦٢).

....

تعد، فلا يمنع كون الربح بينهما على ما شرطاه، وقال القاضي: إذا اشترى في الذمة ثم نقد المال، فالربح لرب المال، وإن اشترى بعين المال، فالشراء باطلٌ في إحدى الروايتين، والأخرى هو موقوفٌ على إجازة المالك، فإن أجازه صَحَّ، وإلا بطل.

والمذهب الأول نصَّ عليه أحمدُ، في رواية الأثرم، وقال أبو بكر: لم يروِ أنه يتصَدَّقُ إلا حنبلٌ، واحتجَّ أحمد بحديث عروة البارقيّ قال: عَرَضَ للنبي ﷺ جَلَبٌ فأعطاني ديناراً، وقال: «اشتر لنا شاة»، فأتيت الجلب، فاشتريت شاتين بدينار، فبعت منهما شاة بدينار، فجئت بالدينار وبالشاة، فقلت: يا رسول الله هذا ديناركم، وهذه شاتكم، قال: «وكيف صنعت؟» فحدثتُه، الحديث. فقال: «اللَّهم بَارِكْ له في صفقة يمينه» رواه الأثرم[1]، ولأنه نماء مال غيره بغير إذن مالكه، فكان لمالكه كما لو غصب حنطة فزرعها.

فأما المضارب ففيه روايتان: **إحداهما**: لا شيء له؛ لأنه عقد عقداً لم يؤذن له فيه، فلم يكن له شيء كالغاصب، وهذا اختيار أبي بكر، **والثانية**: له أجر؛ لأن رب المال رضي بالبيع، وأخذ الربح، فاستحق العامل عوضاً.

وفي قدر الأجر روايتان: **إحداهما**: أجر مثله ما لم يحط بالربح، **والثانية**: له الأقل من المسمى، أو أجر المثل، وإن قصد الشراء لنفسه، فلا أجر له، رواية واحدة، وقال القاضي وأبو الخطاب: إن اشترى في ذمته ثم نقد المال، فلا أجر له، رواية واحدة، وإن اشترى بعين المال فعلى روايتين، اهـ.

وفي «الدر المختار»[2]: ولا يملك تجاوز بلد أو سلعة أو شخص عَيَّنَه المالك، فإن فعل ضَمِنَ بالمخالفة، وكان ذلك الشراء له، قال ابن عابدين:

---

(١) الحديث أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٠٣)، وأبو داود (٢/ ٢٢٩)، وأخرجه البخاري (٤/ ٢٥٢).
(٢) (٦/ ٢١٣).

(٩) باب ما يجوز من النفقة في القراض

وله ربحه وعليه خسرانه، ولكن يتصدق بالربح عندهما، وعند أبي يوسف يطيب له أصله المودع إذا تصرف فيها وربح، اهـ.

(٩) ما يجوز من النفقة في القراض

أجمع العلماء على أن بعض المؤن والنفقات على العامل، لا يجوز أخذها من مال القراض، وبعضها في مال القراض يجوز أخذها منه، واختلفوا في تفصيلها، ولذا ترجم المصنف بالترجمتين تنبيهاً على التنويع في ذلك.

قال الموفق[(١)]: على العامل أن يتولّى بنفسه كل ما جرت العادةُ أن يتولاه المضاربُ بنفسه من نشر الثوب، وطَيِّه، وعرضه على المشتري، ومساومته، وعقد البيع معه، وأخذ الثمن، وانتقاده، وشدّ الكيس، وختمه، وإحرازه في الصندوق، ونحو ذلك، ولا أجر له عليه؛ لأنه مستحق للربح في مقابلته، فإن استأجر من يفعل ذلك، فالأجر عليه خاصة؛ لأن العمل عليه، فأما ما لا يليه العامل في العادة، مثل النداء على المتاع، ونقله إلى الخان، فليس للعامل عمله، وله أن يكترِي من يعمله، نصّ عليه أحمدُ؛ لأن العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه، فرجع فيه إلى العرف، فإن فعل العامل ما لا يلزمه [فعله] متبرعاً فلا أجر له، اهـ.

وقال الدردير[(٢)]: وعلى العامل ما جرت العادة أن يتولاه كالنشر والطي الخفيفتين، وعليه الأجر في ماله إن استأجر على ذلك، لا في مال القراض ولا في ربحه، قال الدسوقي: وأما غير الخفيف وما جرت العادة أن لا يتولاه بنفسه، وهو من مصلحة المال، فله أجره إذا عمله بنفسه، وادّعى أنه عمل ليرجع بأجره من غير يمين عند سكوت رب المال، وأما إن خالفه رب المال،

---

(١) «المغني»(٧/ ١٦٣).

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ٥٢٢).

١٤٠٧/ ١٠ ـ قَالَ يَحْيَىٰ: قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً: إِنَّهُ إِذَا كَانَ الْمَالُ كَثِيراً يَحْمِلُ النَّفَقَةَ، فَإِذَا شَخَصَ فِيهِ الْعَامِلُ، ....

وقال: بل عملت ذلك تبرعاً منك، فله الأجرة بيمين على أحد القولين، وقيل: بلا يمين، اهـ.

وقال السرخسي: وله أن يستأجر معه الأُجراء يشترون، ويبيعون، ويستأجر البيوت، والدواب للأمتعة التي يشتريها؛ لأن ذلك من صنع التجار، فالمضارب لا يستغني عن ذلك في تحصيل الربح، اهـ.

١٤٠٧/ ١٠ ـ **(قال مالك في رجل)** وهو رب المال إذا **(دفع إلى رجل)** عامل **(مالاً قراضاً: إنه إذا كان المال كثيراً)** يعني يكون في مقدار **(يحمل)** بكسر الميم **(النفقة)** أي يتحملها.

قال الباجي(١): وكم مبلغ المال الكثير؟ روى ابن المواز عن مالك في القراض والبضاعة خمسين دينار أو أربعين، أن نفقة العامل والمبضع معه وكسوتهما في السفر البعيد، وفي السفر القريب نفقته دون كسوته، فإن كان المال يسيراً، لا يحتمل مؤنة العامل فيه، فقد قال مالك: ليس للعامل فيه نفقة ولا كسوة في بعيد السفر ولا قريبه، ووجه ذلك أن المال اليسير لا يحتمل النفقة بسبب السفر، ولا يقصد بسببه السفر، اهـ.

(فإذا شخص) بفتحات أي سافر **(فيه العامل)** واختلف في مطلق عقد القراض هل يقتضي السفر بالمال؟ فالمشهور من مذهب مالك أن ذلك مباح للعامل بمطلق العقد، وبه قال الشافعي وهي رواية عن أبي حنيفة، وقال ابن حبيب: ليس له ذلك إلا بإذن رب المال، وقد روي ذلك عن أبي حنيفة، فإذا قلنا بالقول الأول فهل يختص ذلك بقدر من المال؟ المشهور من مذهب مالك

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٧٣).

....

أن ذلك سواء في قليل المال وكثيره، وقال سحنون: أما المال اليسير، فليس له أن يسافر به سفراً بعيداً إلا بإذن ربه؛ لأن المال اليسير لا يحتمل الإنفاق منه في السفر، كذا في «المنتقى»[١].

وقال الموفق[٢]: ليس له السفر بالمال في أحد الوجهين، وهو مذهب الشافعي؛ لأن في السفر تغريراً بالمال، والوجه الثاني: أن له السفر به إذا لم يكن مَخُوفاً، وهذا قول مالك، ويحكى ذلك عن أبي حنيفة؛ لأن الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة، والعادة جارية بالتجارة سفراً وحضراً، ولأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض، فملك ذلك بمطلقها، وهذان الوجهان في المطلق.

فأما إن أذن في السفر أو نُهي عنه أو وجدت قرينةٌ دالّةٌ على أحد الأمرين، تَعَيَّن ذلك، وثبت ما أُمِرَ به، وحُرِّمَ ما نُهي عنه، وليس له السفر في موضع مخوف على الوجهين جميعاً، وكذلك لو أذن له في السفر مطلقاً، لم يكن له السفر في طريق مخوف، ولا إلى بلد مخوف، فإن فعل، فهو ضامن لما يتلف؛ لأنه متعد بفعل ما ليس له فعله، اهـ.

وفي «الهداية»[٣]: إذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويُوَكِّل ويسافر، لإطلاق العقد، والمقصود منه الاسترباح، ولا يتحصل إلا بالتجارة، فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار، والتوكيل من صنيعهم، وكذا المسافرة، ألا ترى أن المودع له أن يسافر، فالمضارب أولى، كيف وأن اللفظ دليل عليه؛ لأنها مشتقة من الضرب في الأرض، وهو

(١) (١٧٣/٥).
(٢) «المغني» (١٤٨/٧).
(٣) (٣٠١/٢).

فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ، وَيَكْتَسِيَ بِالْمَعْرُوفِ مِنْ قَدْرِ الْمَالِ. وَيَسْتَأْجِرَ مِنَ الْمَالِ إِذَا كَانَ كَثِيراً لَا يَقْوَى عَلَيْهِ بَعْضَ مَنْ يَكْفِيهِ بَعْضَ مُؤُونَتِهِ. وَمِنَ الْأَعْمَالِ أَعْمَالٌ لَا يَعْمَلُهَا الَّذِي يَأْخُذُ الْمَالَ. وَلَيْسَ مِثْلُهُ يَعْمَلُهَا. ....

السير، وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر، وعنه عن أبي حنيفة إن دفع في بلده ليس له أن يسافر به؛ لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة، وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده؛ لأنه هو المراد في الغالب، والظاهر ما في الكتاب، اهـ. يعني ما ذكره أولاً من جوازه مطلقاً، وهو المرجح في عامة الفروع.

(فإن له) أي للعامل **(أن يأكل منه)** أي مال القراض **(ويكتسي بالمعروف)** أي بما كان معروفاً عند التجار **(من قدر المال)** هكذا في النسخ الهندية، وأكثر المصرية، وفي نسخة الزرقاني «من قدره»، قال: وفي نسخة ابن الوضّاح من قدر المال **(ويستأجر)** العامل **(من المال إذا كان كثيراً)** لا يتحمَّلُه بنفسه في معروف التجار، وهو المراد بقوله: **(لا يقوى عليه)** أي بنفسه **(بعض)** مفعول يستأجر **(من يكفيه بعض مؤنته)** مفعول يكفي **(ومن الأعمال)** «من» تبعيضية، وهو خبر مقدم **(أعمال لا يعملها)** ولا يتحملها **(الذي يأخذ المال)** أي العامل **(وليس مثله يعملها)**.

قال الباجي[1]: يريد أن بعض الأعمال لا يعملها المقارض من القصارة والصبغ والخياطة، وإنما جرت العادة أن يعملها الصناع، ومنها ما لا يعملها مثل المقارض، وإن كانت مما يمكن أكثر الناس عملها كالشد والطيِّ والنقل، فمثل هذا يحكم فيه بالمعتاد المعروف، وقد يكون من العمال من له الحال والمعروف والتصاون، فيحمل على عادته. اهـ.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٧٣).

مِنْ ذٰلِكَ تَقَاضِي الدَّيْنِ، وَنَقْلُ الْمَتَاعِ، وَشَدُّهُ وَأَشْبَاهُ ذٰلِكَ. فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مِنَ الْمَالِ مَنْ يَكْفِيهِ ذٰلِكَ. وَلَيْسَ لِلْمُقَارِضِ أَنْ يَسْتَنْفِقَ مِنَ الْمَالِ. وَلَا يَكْتَسِيَ مِنْهُ. مَا كَانَ مُقِيماً فِي أَهْلِهِ إِنَّمَا يَجُوزُ لَهُ النَّفَقَةُ إِذَا شَخَصَ فِي الْمَالِ. وَكَانَ الْمَالُ يَحْمِلُ النَّفَقَةَ. فَإِنْ كَانَ إِنَّمَا يَتَّجِرُ فِي الْمَالِ فِي الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ بِهِ مُقِيمٌ، فَلَا نَفَقَةَ لَهُ مِنَ الْمَالِ وَلَا كِسْوَةَ.

(من ذلك) تمثيل لبعض الأعمال **(تقاضي الدين)** أي طلبه ممن هو عليه. قال الباجي: يريد حقه والمطالبة به، وأما قبضه فهو مما يختص به العامل **(ونقل المتاع)** من موضع إلى آخر **(وشدُّه)** أي ربط المتاع **(وأشباهُ ذلك)** جمعُ شبه أي أمثال ما ذكر **(فله)** أي للعامل **(أن يستأجر من المال من يكفيه ذلك)** الذي ذكر **(وليس للمقارض)** بفتح الراء **(أن يستنفق)**.

قال الزرقاني[1]: بسين الطلب أي يطلب أن ينفق، ومنعه من طلب ذلك أبلغ من منعه من فعله، والظاهر عندي أن السين لمجرد التأكيد **(من المال، ولا يكتسي منه)** أي مال القراض **(ما كان)** أي مدة كون المقارض **(مقيماً في أهله)** وسبب ذلك أنه **(إنّما يجوز له النفقة إذا شخص)** أي سافر **(في المال وكان المال)** كثيراً **(يحمل النفقة)** أعاده تأكيداً **(فإن كان إنما يتّجر في المال في البلد الذي هو فيه مقيم، فلا نفقة له من المال ولا كسوة)**.

قال الباجي[2]: وهذا كما قال: إن من دفع إلى رجل مالاً على وجه القراض، فلا يخلو أن يكون قليلاً أو كثيراً، فإن كان كثيراً وكان يعمل به في الحضر، فلا يخلو أن يكون موضع استيطان العامل أو غير موضعه، فإن كان في موضع استيطانه، فلا نفقة له ولا كسوة ولا مؤنة؛ لأن مقامه ليس بسبب

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/٣٥٦).

(٢) «المنتقى» (٥/١٧١).

....

المال، وإنما هو لموضع استيطانه، فكانت نفقته عليه، وإن كان في غير موضع استيطانه، وإنما يقيم به للعمل بالمال، فإن له فيه النفقة والكسوة والمؤنة؛ لأن المال شغله عن الرجوع إلى وطنه، فأوجب مقامه في غير بلده.

وإن كانت تجارته في السفر، فلا يخلو أن يكون السفر من أسفار القرب كالحج والغزو، أو من غير أسفار القرب، فإن كان من أسفار القرب، فالذي عليه جمهور أصحابنا أنه لا نفقة له في مال القراض ذاهباً ولا راجعاً، وإن كان مقصوده التجارة، وقال ابن المواز: له النفقة فيه ذاهباً وراجعاً.

وجه قول مالك والجماعة أن هذه مسافة تقطع على وجه البر والقربة، فيجب أن يخلص لذلك، فإن لم يكن السفر من أسفار القرب، فإن سافر بمال القراض إلى بلد هو به مستوطن، فلا نفقة له في الذهاب، وله النفقة في الإياب، ولا يخلو أن يكون السفر قريباً أو بعيداً، فإن كان قريباً إلا أنه يريد المقام لشراء الحبوب وغيرها الشهرين والثلاثة، فإن ذلك سفر، وإن قرب المكان، فإنه يأكل ويكتسي، وروى عيسى عن ابن القاسم أنه يأكل ولا يكتسي، ورواه ابن حبيب عن مالك، وقد يكتري منه مركوباً، وإن كان السفر بعيداً، فللعامل في مال القراض مؤنته المعتادة من نفقته وكسوته، وكراء مسكن، ودخول حمام، وحجامة، وحلق رأس، وغسل ثوب، وغير ذلك من الأمور المعتادة التي لا ينفكُّ عنها الإنسان، ورواه أشهب عن مالك في الحجامة والحمام.

وقال أبو حنيفة: ليس له أن ينفق في حجامة، وحمام، وأما الدواء، فليس في مال القراض؛ لأنه من الأمور التي لا تستعمل على معتاد العادة، ونفقته في ذلك على قدر حاله، وحال المال، لأن هذه نفقة يعتبر فيها كثرة المال وقلته، فوجب أن يعتبر فيها حال من ينفق عليه، كنفقة الزوجات، وأما الكسوة، فإن الذي يلزم من مال القراض من كسوة العامل كسوة مثله في مقامه وسفره.

....

وقال أبو محمد: إن الذي له من الكسوة التي لولا الخروج بالمال لم يحتج إليها، والأول أصح، اهـ.

وقال ابن رشد(١): اختلفوا هل للعامل نفقته من المال المقارض عليه أم لا؟ على ثلاثة أقوال، فقال الشافعي في أشهر أقواله: لا نفقة له أصلاً إلا أن يأذن له رب المال، وقال قوم: له نفقته، وبه قال إبراهيم النخعي والحسن، وهو أحد ما رُوِي عن الشافعي، وقال آخرون: له النفقة في السفر من طعامه وكسوته، وليس له شيء في الحضر، وبه قال مالك، وأبو حنيفة، والثوري، وجمهور العلماء، إلا أن مالكاً قال: إذا كان المال يحمل ذلك، وقال الثوري: ينفق ذاهباً ولا ينفق راجعاً، وقال الليث: يتغَدَّىٰ في المصر، ولا يتعَشَّىٰ، وروي عن الشافعي أن له نفقته في المرض، والمشهور عنه مثل قول الجمهور أن لا نفقة له في المرض، اهـ.

وقال الموفق(٢): وإن سافر في طريق آمنٍ جاز، ونفقته في مال نفسه، وبهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان، وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال الحسن والنخعي والأوزاعي ومالك وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي: ينفق من المال بالمعروف إذا شخص به عن البلد؛ لأن سفره لأجل المال، فكانت نفقته منه كأجر الحمال.

ولنا، أن نفقته تخصه، فكانت عليه كنفقة الحضر، وأجر الطبيب، وثمن الطب، ولأنه دخل على أنه يستحق من الربح الجزء المسمَّىٰ، فلا يكون له غيره، ولأنه لو استحق النفقة أفضى إلى أن يختص بالربح، إذا لم يربح سوى ما أنفقه، فأما إن اشترط له النفقة فله ذلك، وله ما قَدَّر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره.

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٤٠).

(٢) «المغني» (٧/ ١٤٩).

....

قال أحمد في رواية الأثرم: أحبُّ إليّ أن يشترط نفقة محدودةً، وإن أطلق صَحَّ، نص عليه، وله نفقتُه من المأكول ولا كسوة له، قال أحمد: إذا قال: له نفقته، فإنه ينفق، قيل له: فيكتسي؟ قال: لا، إنما له النفقة. وإن كان سفره طويلاً يحتاج إلى تجديد الكسوة، فظاهر كلام أحمد جوازها؛ لأنه قيل له: فلم يشترط الكسوة، إلا أنه في بلد بعيد، وله مقام طويل، يحتاج فيه إلى كسوة؟ فقال: إذا أذن له في النفقة فعل، ما لم يحمل على مال الرجل، ولم يكن ذلك قصده، هذا معناه.

وقال القاضي، وأبو الخطاب: إذا شرط له النفقة، فله جميع نفقته من مأكول أو ملبوس بالمعروف، وقال أحمد: ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعدٍّ بالنفقة ولا مُضِرٍّ بالمال، ولم يذهب أحمد إلى تقدير النفقة؛ لأن الأسعار تختلف، وقد تَقِلُّ وتكثر، وإن اختلفا في تقدير النفقة، فقال أبو الخطاب: يرجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله، اهـ.

وفي «البدائع»[1]: أما الذي يستحقه المضارب بالعمل، فالذي يستحقه بعمله في مال المضاربة شيئان: أحدهما: النفقة، والكلام فيها في مواضع؛ في وجوبها، وفي شرط الوجوب، وفيما فيه النفقة، وفي تفسير النفقة، وفي قدرها، وفيما تحتسب النفقة منه.

١ ـ أما الوجوب، فلأن الربح في باب المضاربة محتملُ الوجود، والعاقل لا يسافر بمال غيره لفائدة تحتمل الوجود، والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه، فلو لم تجعل نفقته من مال المضاربة، لامتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة إليها، فكان إقدامهما على هذا العقد، والحال

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ١٤٧ ـ ١٤٨).

....

ما وصفنا إذناً من رب المال للمضارب بالإنفاق، فكان مأذوناً بالإنفاق دلالةً، فصار كما لو أذن به نصاً.

٢ ـ وأما شرط الوجوب فخروج المضارب بالمال من المصر الذي أخذ المال منه مضاربةً، سواء كان المصر مصره أو لم يكن، فما دام يعمل في ذلك المصر، فإن نفقته في مال نفسه، وإن أنفق شيئاً منه ضمن؛ لأن إقامته في الحضر لا تكون لأجل المال؛ لأنه كان مقيماً قبل ذلك، فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصر، سواء كان خروجه بالمال مدة سفره أو أقل من ذلك، فإذا انتهى إلى المصر الذي قصده، فإن كان ذلك مصر نفسه، أو كان له في ذلك المصر أهل سقطت النفقة حين دخل؛ لأنه يصير مقيماً بدخوله فيه، لا لأجل المال، وإن لم يكن ذلك مصره، ولا له فيه أهل، لكنه أقام فيه للبيع والشراء لا تسقط نفقته ما أقام فيه، وإن نوى الإقامة خمسة عشر يوماً فصاعداً ما لم يتخذه دار إقامته، فإن اتخذه وطناً كانت إقامته للوطن، لا للمال، فصار كالوطن الأصلي.

وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل، فنفقته من مال المضاربة حراً كان أو عبداً أو أجيراً يخدمه أو يخدم دابته؛ لأن نفقتهم كنفقة نفسه إلا أن يكون معه عبيدٌ لرب المال بعثهم؛ ليعاونوه، فلا نفقة لهم من مال المضاربة، بل على رب المال خاصة؛ لأن إعانة عبد رب المال كإعانة رب المال بنفسه، ولو أعان رب المال المضارب لم تكن نفقته في مال المضاربة كذا عبيده، وأما عبيد المضارب فكالمضارب.

٣ ـ وأما ما فيه النفقة فالنفقة في مال المضاربة، وله أن ينفق من مال نفسه، ويكون ديناً في مال المضاربة، حتى كان له أن يرجع فيها بشرط بقاء المال، حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال بشيء، اهـ.

٤ ـ وأما تفسير النفقة فالكسوة والطعام والإدام والشراب وأجر الأجير

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً. فَخَرَجَ بِهِ وَبِمَالِ نَفْسِهِ. قَالَ: يَجْعَلُ النَّفَقَةَ مِنَ الْقِرَاضِ وَمِنْ مَالِهِ، عَلَى قَدْرِ حِصَصِ الْمَالِ.

وفراش ينام عليه وعلف دابته التي يركبها في السفر وغسل ثيابه ودهن السراج والحطب ونحو ذلك، ولا خلاف بين أصحابنا في هذه الجملة؛ لأن المضارب لا بد له منها، فكان الإذن ثابتاً من رب المال دلالة، وأما ثمن الدواء والحجامة والتنور والأدهان، وما يرجع إلى التداوي، ففي ماله خاصة لا في مال المضاربة، وفي الدهن خلاف محمد، أنه في مال المضاربة عنده.

وذكر الكرخي في الحجامة والإطلاء بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد أنه قال على قياس قول أبي حنيفة: يكون في مال المضاربة، والصحيح أن يكون في مال نفسه خاصة، وأما الفاكهة فالمعتاد يجري مجرى الطعام والإدام.

٥ ـ وأما قدر النفقة، فهو أن يكون بالمعروف عند التجار من غير إسراف، فإن جاوز ذلك ضمن الفضل؛ لأن الإذن ثابت بالعادة، فيعتبر القدر المعتاد، وسواء سافر برأس المال أو بمتاع عن المضاربة؛ لأن سفره في الحالين لأجل المال، وكذا لو سافر فلم يتفق له شراء متاع من حيث قصد، فنفقته ما دام مسافراً في مال المضاربة.

وأما ما تحتسب منه النفقة فهي تحتسب أولاً من الربح، فإن لم يكن فهي من رأس المال؛ لأن النفقة جزءٌ هالك من المال، فإذا رجع المضارب إلى مصره فما فضل عنده من الكسوة والطعام رده إلى المضاربة؛ لأن الإذن له كان لأجل السفر، فإذا انقطع السفر لم يبق الإذن، فيجب ردُّ ما بقي إلى المضاربة، انتهى مختصراً.

(قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فخرج) العامل **(به وبمال لنفسه)** معاً **(قال)** مالك: **(يجعل النفقة)** أيضاً من كليهما يعني **(من)** مال **(القراض ومن ماله)** أي مال نفسه **(على قدر حصص المال)** وهو ظاهر، وبه قال عامة الفقهاء.

(١٠) باب ما لا يجوز من النفقة في القراض

١١/١٤٠٨ ـ قَالَ يَحْيَىٰ: قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ مَعَهُ مَالٌ قِرَاضٌ. فَهُوَ يَسْتَنْفِقُ مِنْهُ وَيَكْتَسِي: إِنَّهُ لَا يَهَبُ مِنْهُ شَيْئاً. ....

قال الموفق[(١)]: فإن كان معه مال لنفسه مع مال المضاربة، أو كان معه مضاربة أخرى أو بِضَاعةٌ لآخر، فالنفقة على قدر المالين؛ لأن النفقة كانت لأجل السفر، والسفر لهما، فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرهما.

وفي «البدائع»[(٢)]: سواء سافر بمال المضاربة وحده أو بماله ومال المضاربة، ومال المضاربة لرجل أو رجلين، فله النفقة بالحصص؛ لأن السفر لأجل المالين، فتكون النفقة فيهما، وإن كان أخذ المالين مضاربة لرجل، والآخر بضاعةً لرجل آخر، فنفقته في مال المضاربة؛ لأن سفره لأجله، لا لأجل البضاعة؛ لأنه متبرع بالعمل بها، إلا أن يتبرَّع بعمل البضاعة، فينفق من مال نفسه؛ لأنه بدل العمل في المضاربة، وليس على رب البضاعة شيء، اهـ.

(١٠) ما لا يجوز من النفقة في القراض

يعني مالا يحتسب منها ولا يؤخذ من مال القراض، اهـ.

١١/١٤٠٨ ـ **(قال مالك في رجل معه مال قراض فهو يستنفق)** بسين التأكيد، قاله الزرقاني[(٣)]. **(منه ويكتسي)** على المعروف كما تقدم، يعني وإن كان له فيه النفقة والكسوة لكن لا يفعل الأعمال الآتية منها **(إنه لا يهب منه)** أي من مال القراض أو من نفقته **(شيئاً)** قال الباجي[(٤)]: وهذا كما قال: إن من كانت نفقته وكسوته في مال القراض، فليس له أن يتعدى ذلك إلى الهبة منه،

---

(١) «المغني» (٧/ ١٥٠).

(٢) (٥/ ١٤٩).

(٣) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٥٦).

(٤) «المنتقى» (٥/ ١٧٤).

وَلَا يُعْطِي مِنْهُ سَائِلاً وَلَا غَيْرَهُ. وَلَا يُكَافِئُ فِيهِ أَحَداً. فَأَمَّا إِنِ اجْتَمَعَ هُوَ وَقَوْمٌ. فَجَاؤُا بِطَعَامٍ وَجَاءَ هُوَ بِطَعَامٍ. فَأَرْجُو أَنْ يَكُونَ ذٰلِكَ وَاسِعاً. إِذَا لَمْ يَتَعَمَّدْ أَنْ يَتَفَضَّلَ عَلَيْهِمْ. فَإِنْ تَعَمَّدَ ذٰلِكَ، ......

والتفضل على الناس **(ولا يعطي منه سائلاً ولا غيره)**.

قال الباجي: يحتمل أن يريد بذلك، أنه لا يعطي منه من سأل الدراهم والثياب، وأما إن يعطي منه الكسوة والقطعة للسائل الراضي بالدون المتكفف للناس فلا بأس به **(ولا يكافئ)** أي لا يجازي **(فيه أحداً)** ممن أسدى إليه معروفاً يختص به، وتقدم في الشروط، أنه لا ينبغي له أن يشترط ذلك فبدون الشرط أولى أن يمنع.

وفي «الهداية»[1]: الأصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع: نوع؛ يملكه بمطلق المضاربة، وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها، ومن جملته التوكيل والارتهان والرهن والإجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة، ونوعٌ؛ لا يملكه بمطلق العقد، ويملكه إذا قيل له: اعمل برأيك، وهو ما يحتمل أن يلحق به، فيلحق عند وجود الدلالة، مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره، وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره، ونوع؛ لا يملكه إلا بمطلق العقد، ولا بقوله: اعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال، وهو الاستدانة، وأخذ السفاتج، وإعطاؤها، والعتق بمال، وبغير مال، والكتابة، والإقراض، والهبة، والصدقة؛ لأنه تبرع محض، اهـ.

(فأما إن اجتمع هو وقوم فجاءوا) أي القوم **(بطعام، وجاء هو)** أيضاً **(بطعام)** على عادة الرفقاء في السفر **(فأرجو أن يكون)** في السفر **(ذلك واسعاً)** أي جائزاً، وإن أكل بعضهم أكثر من بعض، فإن ذلك من معروف عند التجار **(إذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم)** ويعينهم بالإطعام **(فإن تعمد ذلك)** بأن أتى

---

(١) (٢٠٨/٢).

أَوْ مَا يُشْبِهُهُ، بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِ الْمَالِ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَتَحَلَّلَ ذٰلِكَ مِنْ رَبِّ الْمَالِ. فَإِنْ حَلَّلَهُ ذٰلِكَ، فَلَا بَأْسَ بِهِ. وَإِنْ أَبَىٰ أَنْ يُحَلِّلَهُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُكَافِئَهُ بِمِثْلِ ذٰلِكَ. إِنْ كَانَ ذٰلِكَ شَيْئاً لَهُ مُكَافَأَةٌ.

بأكثرهم **(أو ما يشبهه)** أي يشبه التفضل عليهم **(بغير إذن صاحب المال)** أي رب المال **(فعليه)** واجب **(أن يتحلل ذلك)** أي يطلب العفو **(من رب المال، فإن حَلَّلَه)** أي عَفَىٰ ربُ المال له ذلك **(فلا بأس به، وإن أبى أن يحلله)** أي أبى رب المال أن يجعل ذلك حلالاً للعامل **(فعليه)** أي على العامل **(أن يُكافئه)** أي رب المال **(بمثل ذلك)** الذي بذله في التفضل **(إن كان ذلك شيئاً له مكافأة)** أي له قدر وقيمة، اهـ.

قال الباجي[1]: قوله: فأما إن اجتمع إلخ يريد أن يفعل هو ورفقاؤه ما جرت به عادة الرفقاء أن يتخارجوه في النفقات، فيخرج كل إنسان منهم بقدر ما يتعاون فيه، ثم ينفقون منه في طعامهم وغير ذلك مما تشملهم الحاجة، فإن ذلك جائز، وإن كان منهم من يأكل في بعض الأوقات أكثر من صاحبه، ومن يصوم في يوم دون رفقائه، لأن ذلك مما تدعو الحاجة إليه في السفر؛ لأن انفراد كل إنسان منهم بتولي طعامه يشق عليه، ويُشْغِلُه عما هو بسببه من أمر سفره، فإذا ترافق جماعة تَوَلَّى كلٌّ إنسان منهم من العمل لنفسه ولأصحابه ما يرتفق به الجماعة، وعلى ذلك كان الصحابة وعمل المسلمين إلى هلم جراً، لا يعد ذلك تفضلاً من بعضهم على بعض، وإنما يكون تفضلاً إذا أتى بأمر يُسْتنكر من ذلك، ويخرج عن العادة، فهذا لا يجوز للعامل فعله؛ لأنه ليس فيه تنميةٌ لمال التجارة، فإن فعل شيئاً من ذلك وجب عليه أن يتحلل من صاحب المال، إما بأن يجعله في حل ويمضي فعله، وإما بأن يحتسب بقدر التفضل على نفسه، اهـ.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٧٤).

(١١) باب الدَّين في القراض

١٤٠٩/ ١٢ ـ قَالَ يَحْيَىٰ: قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى ....

---

(١١) الدين في القراض

ذكر فيه بعض الفروع المتعلقة بمال القراض إذا بيع نسيئة، واختلف أهل العلم هل للعامل أن يبيع نسيئةً بدون إذن رب المال أم لا؟ قال الخرقي: إذا باع نسيئة بغير أمر ضمن في إحدى الروايتين، والأخرى لا يضمن.

قال الموفق[1]: جملته أن المضارب وغيره من الشركاء إذا نصّ له على التصرُّفِ، فقال: نقداً أو نسيئةً، أو قال: بنقد البلد جاز، ولم تجز مخالفته، وإن أطلق **فلا خلاف** في جواز البيع حالّاً، وفي المبيع نسيئةً روايتان: **إحداها**: ليس له ذلك. وهو قول مالك وابن أبي ليلى والشافعي؛ لأنه نائب في البيع، فلم يجز له البيع نسيئة بغير إذن صريح كالوكيل.

والثانية: يجوز له البيع نسيئةً، وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل؛ لأن إذنه في التجارة والمضاربة ينصرف إلى التجارة المعتادة، وهذا عادةُ التّجار، ولأنه يقصد به الربح، والربح في النَسَاء أكثر، ويفارق الوكالة المطلَقَة، فإنها لا تختص بقصد الربح، فإن قال له: اعمل برأيك وتصرف كيف شئتَ، فله البيع نَسَاءً، وقال الشافعي: ليس له البيع نسيئةً في الموضعين؛ لأن فيه غرراً فلم يجز، ولنا، أنه داخل في عموم لفظه، اهـ.

وفي «الهداية»[2]: يجوز للمضارب أن يبيع، ويشتري بالنقد والنسيئة؛ لأن كل ذلك من صنيع التجار، فينتظمه إطلاق العقد، إلا إذا باع إلى أجل، لا يبيع التجار إليه؛ لأن له الأمر العام المعروف بين الناس، اهـ.

١٤٠٩/ ١٢ ـ (قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا في رجل دفع إلى

---

(١) «المغني» (٧/ ١٤٧).

(٢) (٢/ ٢٠٧).

رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً فَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً. ثُمَّ بَاعَ السِّلْعَةَ بِدَيْنٍ. فَرَبِحَ فِي الْمَالِ. ثُمَّ هَلَكَ الَّذِي أَخَذَ الْمَالَ. قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الْمَالَ. قَالَ: إِنْ أَرَادَ وَرَثَتُهُ أَنْ يَقْبِضُوا ذٰلِكَ الْمَالَ، وَهُمْ عَلَى شَرْطِ أَبِيهِمْ مِنَ الرِّبْحِ، فَذٰلِكَ لَهُمْ. إِذَا كَانُوا أُمَنَاءَ عَلَى ذٰلِكَ. فَإِنْ كَرِهُوا أَنْ يَقْتَضُوهُ، ....

رجل مالاً قراضاً فاشترى) العامل **(به سلعة ثم باع)** العامل **(السلعة بدين)** بإذن رب المال عند مالك، ومن وافقه في اشتراط الإذن لبيع النسيئة، كما تقدم قريباً **(فربح في المال ثم هلك)** أي مات **(الذي أخذ المال)** أي المقارض **(قبل أن يقبض)** من المشتري **(المال)** أي ثمن السلعة المبيعة **(قال: إن أراد ورثته)** أي ورثة العامل الميت **(أن يقبضوا ذلك المال)** أي يستوفوا ثمن السلعة عن المشترين **(وهم)** أي الورثة **(على شرط أبيهم)** أي على شرط مورثهم **(من الربح)** يعني يكون لهم من الربح ما كان لمورثهم **(فذلك)** جائز **(لهم)** إلى تمام عمل الاستيفاء، ويكون لهم الربح المشترط بعد ذلك **(إذا كانوا)** أي الورثة **(أمناء)** جمع أمين **(على ذلك)** العمل.

قال الباجي[١]: وهذا كما قال: إن العامل إذا توفي بعد أن يشغل مال القراض، فإن حق عمله فيه يكون لورثته، وليس لرب المال أن ينتزعه من ورثته؛ لأن ذلك حق لهم في المال انتقل إليهم عن موروثهم، وشغل المال أن يشتري بجمعيه أو بأكثره، فليس لصاحب المال بعد ذلك أن يأخذه من ورثته إن إرادوا العمل فيه، وصفة العامل الذي يرجع المال من الورثة أن يكون مأموناً على مثله، عالماً بالعمل فيه، والحفظ له، لأن ذلك كله من الصفات المعتبرة في العامل، انتهى.

(فإن كرهوا) أي الورثة **(أن يقتضوه)** أي يستوفوا الدين، كذا في النسخ

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٧٤).

وَخَلَّوْا بَيْنَ صَاحِبِ الْمَالِ وَبَيْنَهُ، لَمْ يُكَلَّفُوا أَنْ يَقْتَضُوهُ. وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ. وَلَا شَيْءَ لَهُمْ. إِذَا أَسْلَمُوهُ إِلَى رَبِّ الْمَالِ. فَإِنِ اقْتَضَوْهُ. فَلَهُمْ فِيهِ مِنَ الشَّرْطِ وَالنَّفَقَةِ، مِثْلُ مَا كَانَ لِأَبِيهِمْ فِي ذٰلِكَ هُمْ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ أَبِيهِمْ.

فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا أُمَنَاءَ عَلَى ذٰلِكَ. فَإِنَّ لَهُمْ أَنْ يَأْتُوا بِأَمِينٍ ثِقَةٍ. فَيَقْتَضِي ذٰلِكَ الْمَالَ. فَإِذَا اقْتَضَى جَمِيعَ الْمَالِ. وَجَمِيعَ الرِّبْحِ. كَانُوا فِي ذٰلِكَ بِمَنْزِلَةِ أَبِيهِمْ.

المصرية من الاقتضاء، وفي النسخ الهندية بالموحدة من القبض **(وخلّوا بين صاحب المال)** أي رب المال **(وبينه)** أي الدين **(لم يُكَلَّفُوا)** ببناء المجهول **(أن يقتضوه)** وإن كانوا أمناء **(ولا شيء عليهم)** أي على الورثة من الضمان **(ولا شيء لهم)** من الربح **(إذا أسلموه)** أي الدين من الإسلام أو التسليم نسختان **(إلى رب المال)** ولم يستوفوه.

قال الباجي[1]: فإن لم يكونوا أمناء، ولم يأتوا بأمين، وأرادوا ترك العمل لم يكن لهم من ربحه شيء، ولا كان عليهم من خسارته قليل ولا كثير، ولا كلفوا قبضه، ولا صرفه عينا، والفرق بينهم وبين العامل إذا شغل المال بسلع ليس له ترك العمل، حتى يصيره عيناً أن العامل قد التزم ذلك، وهؤلاء لم يلتزموا **(فإن اقتضوه)** أي الدين **(فلهم فيه من الشرط)** في الربح **(والنفقة)** أي ولهم فيه من النفقة **(مثل ما كان لأبيهم في ذلك)** سواء **(وهم فيه)** أي في مال القراض **(بمنزلة أبيهم)** في الربح وغيره.

(فإن لم يكونوا) أي الورثة **(أمناء على ذلك فإن لهم أن يأتوا)** ويستعينوا **(بأمين ثقة)** عالم بالعمل **(فيقتضي)** لهم **(ذلك المال، فإذا اقتضى جميع المال وجميع الربح كانوا في ذلك بمنزلة أبيهم)** في الربح، فلهم ما كان مشروطاً لأبيهم.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٧٥).

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً. عَلَى أَنَّهُ يَعْمَلُ فِيهِ. فَمَا بَاعَ بِهِ مِنْ دَيْنٍ فَهُوَ ضَامِنٌ لَهُ: إِنَّ ذٰلِكَ لَازِمٌ لَهُ. إِنْ بَاعَ بِدَيْنٍ فَقَدْ ضَمِنَهُ.

وهذا كله مبنيٌّ على مسلك الإمام مالك أن القراض موروثٌ لا ينفسخ بالموت، والمسألة خلافيةٌ، قال ابن رشد[١]: اختلفوا إذا شرع العامل، فقال مالك: هو لازم، وهو عقد يُورثُ، فإن مات، وكان للمقارض بنون أمناء كانوا في القراض مثل أبيهم، وإن لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين، وقال الشافعي وأبو حنيفة: لكل واحد منهما الفسخ إذا شاء، وليس هو عقد يورث، انتهى. وبقولهما قال أحمد.

قال الموفق[٢]: وأي المتقارضين مات أو جُنَّ انفسخ القراض؛ لأنه عقدٌ جائزٌ، فانفسخ بموت أحدهما، ثم بسط في الفروع إن أراد الورثة الإتمام، وفي «الهداية»[٣]: إذا مات ربُ المال أو المضارب بطلت المضاربة؛ لأنه توكيل، وموت الموكل يبطل الوكالة، وكذا موت الوكيل، ولا تورث الوكالة.

(قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً على) شرط **(أنه يعمل فيه فما باع به من دين)** أي ما باعه نسيئة **(فهو)** أي العامل **(ضامن له)** وهذا بيان الشرط، فقال مالك: **(إن ذلك)** الشرط **(لازم له)** وثمرة لزومه أنه **(إن باع بدين فقد ضمنه)** وقد تقدم مراراً في الفروع المختلفة أن العبرة في ذلك عند الفقهاء لتعيين رب المال، وقد تقدم في أول الباب عن الموفق، أن المضارب وغيره من الشركاء إذا نصّ له على التصرف نقداً أو نسيئة أو غير ذلك لم تجز مخالفته.

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٤٠).

(٢) «المغني» (٧/ ١٧٤).

(٣) (٢/ ٢٠٦).

(١٢) باب البضاعة في القراض

وفي «الدر المختار»[١]: ومتى عين الآمر شيئاً تعين إلا في: بعْه بالنسيئة بألف، فباع بالنقد بألف جاز، ثم قال: فإن باع الوكيل بنسيئة، فقال: أمرتك بنقد، وقال: أطلقت صدق الآمر، وفي الاختلاف في المضاربة صدق المضارب، انتهى.

(١٢) البضاعة في القراض

البضاعةُ عقدٌ بشرط كل الربح للمالك، كذا في «المجمع»، وقال الموفق[٢]: لو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم، لأحدهما ألف وللآخر ألفان، فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف أن يتصرف فيها على أن يكون الربح بينهما صَحَّ، ويكون لصاحب الألف ثلثُ الربح بحق ماله، وسدسه بحق العمل، فإن شرط للعامل ثلث الربح فقط، فمال صاحبه بضاعة في يده، وليست بمضاربة؛ لأن المضاربة إنما تصح إذا كان الربح بينهما، فأما إذا قال: ربحُ مالِك لك، وربح مالي لي، كان إبضاعاً لا غير، وبهذا كله قال الشافعي، انتهى.

وقال في موضع آخر[٣] إن قال: خذ هذا المال فاتِّجر به، والربح كله لي، كان إبضاعاً، وإن قال: خذه مضاربةً والربح كله لك أو كله لي، فهو عقد فاسد، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا قال: الربح كله لك كان إبضاعاً صحيحاً؛ لأنه أثبت له حكم الإبضاع فانصرف إليه، وقال مالك: يكون قراضاً صحيحاً في الصورتين؛ لأنهما دخلا في القراض، فإذا شرط الربح لأحدهما، فكأنه وهب الآخر نصيبه، فلم يمنع صحته، انتهى.

---

(١) (٧/ ٧١ ـ ٧٤).

(٢) «المغني» (٧/ ١٣٤).

(٣) «المغني» (٧/ ١٤٢).

١٤١٠/ ١٣ ـ قَالَ يَحْيىٰ: قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً. وَاسْتَسْلَفَ مِنْ صَاحِبِ الْمَالِ سَلَفاً. أَوِ اسْتَسْلَفَ مِنْهُ صَاحِبُ الْمَالِ سَلَفاً. أَوْ أَبْضَعَ مَعَهُ صَاحِبُ الْمَالِ بِضَاعَةً يَبِيعُهَا لَهُ. أَوْ بِدَنَانِيرَ يَشْتَرِي لَهُ بِهَا سِلْعَةً. قَالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَ صَاحِبُ الْمَالِ إِنَّمَا أَبْضَعَ مَعَهُ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَالُهُ عِنْدَهُ، ثُمَّ سَأَلَهُ مِثْلَ ذٰلِكَ فَعَلَهُ، لِإِخَاءٍ بَيْنَهُمَا، أَوْ لِيَسَارَةِ مَؤُونَةِ ذٰلِكَ عَلَيْهِ. وَلَوْ أَبَىٰ ذٰلِكَ عَلَيْهِ لَمْ يَنْزِعْ مَالَهُ مِنْهُ. ....

وفي «الدر المختار»[1]: دفع المال إلى آخر مع شرط الربح كله للمالك بضاعة، فيكون وكيلاً متبرعاً، ومع شرطه كله للعامل قرض، انتهى.

١٤١٠/ ١٣ ـ **(قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً واستسلف)** أي تَسَلَّفَ العامل **(من صاحب المال سلفاً أو استسلف منه)** أي من العامل **(صاحب المال)** فاعل استسلف **(سلفاً أو أبضع معه)** أي مع العامل **(صاحب المال)** فاعل أبضع **(ببضاعة)** أي أخذ سلعة بطريق البضاعة **(يبيعها له)** أي يبيع صاحب المال هذه السلعة للعامل بطريق البضاعة **(أو)** أبضع **(بدنانير يشتري له)** أي للعامل **(بها سلعة. قال مالك)** في الصور المذكورة: **(إن كان صاحب المال إنما أبضع معه وهو)** أي العامل **(يعلم)** ويجزم **(أنه لو لم يكن ماله عنده)** أي لو لم يكن عند العامل مال القراض له **(ثم سأله مثل ذلك)** أي ثم استدعى العامل منه أن يبضع معه **(فعله)** رب المال جزاء لو، وما في النسخ الهندية بدله «فعليه» تحريف من الناسخ **(لإخاء)** بالمد أي لصداقة ومودة **(بينهما أو ليسارة)** أي سهولة **(مؤونة ذلك عليه)** أي، لأن هذا الفعل يسير على رب المال، وفيه صعوبة على العامل **(ولو أبى)** العامل **(ذلك عليه)** أي لو أنكر العامل دفع المال إليه بضاعة **(لم ينزع)** رب المال **(ماله)** المجعول قراضاً **(منه)** أي من العامل.

---

(١) (٦/ ٢٠٩).

أَوْ كَانَ الْعَامِلُ إِنَّمَا اسْتَسْلَفَ مِنْ صَاحِبِ الْمَالِ. أَوْ حَمَلَ لَهُ بِضَاعَتَهُ. وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ مَالُهُ فَعَلَ لَهُ مِثْلَ ذٰلِكَ. وَلَوْ أَبَىٰ ذٰلِكَ عَلَيْهِ لَمْ يَرْدُدْ عَلَيْهِ مَالَهُ. فَإِذَا صَحَّ ذٰلِكَ مِنْهُمَا جَمِيعاً، وَكَانَ ذٰلِكَ مِنْهُمَا عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ، وَلَمْ يَكُنْ شَرْطاً فِي أَصْلِ الْقِرَاضِ، فَذٰلِكَ جَائِزٌ لَا بَأْسَ بِهِ. وَإِنْ دَخَلَ ذٰلِكَ شَرْطٌ. أَوْ خِيفَ أَنْ يَكُونَ إِنَّمَا صَنَعَ ذٰلِكَ الْعَامِلُ لِصَاحِبِ الْمَالِ، لِيُقِرَّ مَالَهُ فِي يَدَيْهِ. أَوْ إِنَّمَا صَنَعَ ذٰلِكَ صَاحِبُ الْمَالِ، لِأَنْ يُمْسِكَ الْعَامِلُ مَالَهُ. وَلَا يَرُدَّهُ عَلَيْهِ. فَإِنَّ ذٰلِكَ لَا يَجُوزُ فِي الْقِرَاضِ. وَهُوَ مِمَّا يَنْهَىٰ عَنْهُ أَهْلُ الْعِلْمِ.

(أو كان العامل إنما استسلف من صاحب المال أو حمل له بضاعة وهو) أي العامل **(يعلم أنه لو لم يكن عنده ماله فعل)** رب المال **(له مثل ذلك)** أي يعطيه سلفاً **(ولو أبى)** رب المال **(ذلك)** أي التسليف، وحمل البضاعة **(عليه)** أي على العامل **(لم يردُدْ)** العامل **(عليه ماله)** المجعول قراضاً **(فإذا صَحَّ ذلك منهما)** أي من رب المال والعامل **(جميعاً)** وأمن من كل واحد منهما أن التسليف والإبضاع ليسا لأجل بقاء القراض بل **(وكان ذلك منهما على وجه المعروف)** والإحسان لصاحبه **(ولم يكن)** ذلك **(شرطاً)** أيضاً **(في أصل)** عقد **(القراض فذلك جائز)** لأنه مجرد تبَرُّعٍ وإحسانٍ **(لا بأس به)** تأكيد لقوله: جائز.

(وإن دخل ذلك شرط) أي دخل فيه شرط عند القراض **(أو خِيفَ)** ببناء المجهول **(أن يكون إنما صنع ذلك العامل لصاحب المال ليقر)** بضم أوله أي ليبقي صاحب المال **(ماله في يديه)** أي العامل **(أو إنما يصنع ذلك صاحب المال ليمسك العامل ماله)** أي مال رب المال **(ولا يرده عليه، فإن ذلك لا يجوز في القراض وهو)** أي جعله شرطاً في القراض أو كونه وسيلة لبقائه **(مما ينهى عنه أهل العلم)** وهذا كله واضح، وتقدم في «ما لا يجوز من الشروط» أن القراض لا يكون معه بيع ولا كراء ولا سلف ولا مرفق يشترطه أحدهما لنفسه، انتهى.

(١٣) باب السلف في القراض

١٤١١/ ١٤ ـ قَالَ يَحْيَىٰ: قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ أَسْلَفَ رَجُلاً مَالاً. ....

قال الباجي[١]: وهذا كما قال: إن من أبضع أحدهما مع صاحبه أو استسلف منه بشرط كان في أصل القراض، فإن ذلك غير جائز؛ لأن ذلك زيادة ازدادها في القراض ليست من الربح، فلم يصح ذلك، فإن فعل ذلك من غير شرط، ولكنه فعله بعد عقد القراض، فلا يخلو أن يكون ذلك بعد العمل في المال أو قبله، فإن كان بعد العمل، وكان ذلك لإخاء بينهما ومودة فهو جائز، وإن كان لإبقاء القراض واستدامته، فهو من باب الهدنة لإبقاء القراض، وذلك ممنوع، انتهى.

وتقدم في الشروط الفاسدة شرط الإبضاع في كلام الموفق، وقال أيضاً في موضع آخر: إن الإبضاع جائز إن لم يكن ذلك عوضاً عن قرض، فإن كان العامل اقترض الألف أو بعضها من صاحبه لم يجز؛ لأنه جعل عمله في مال صاحبه عوضاً عن قرضه، وذلك غير جائز، انتهى.

وفي «الدر المختار»[٢]: المضاربة لا تفسد بدفع كل المال أو بعضه إلى المالك بضاعة، وتقييد «الهداية» بالبعض اتفاقيٌّ، انتهى.

(١٣) السلف في القرض

أي إذا وقع عقد القرض مع عقد القراض، فماذا يكون؟ والفرق بين هذه الترجمة وبين ما تقدم من ترجمة الدين واضح، فإن المقصود في الأول كان بيع النسيئة، وهو مؤدىٰ الدين، والمقصود ههنا أخذ المال بطريق القرض.

١٤١١/ ١٤ ـ **(قال مالك في رجل)** زيد مثلاً **(أسلف رجلاً)** عمراً **(مالاً)**

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٧٦).

(٢) (٦/ ٢٢٠).

ثُمَّ سَأَلَهُ الَّذِي تَسَلَّفَ الْمَالَ أَنْ يُقِرَّهُ عِنْدَهُ قِرَاضاً. قَالَ مَالِكٌ: لَا أُحِبُّ ذٰلِكَ حَتَّى يَقْبِضَ مَالَهُ مِنْهُ. ثُمَّ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ قِرَاضاً إِنْ شَاءَ، أَوْ يُمْسِكَهُ.

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً. فَأَخْبَرَهُ أَنَّهُ قَدِ اجْتَمَعَ عِنْدَهُ. وَسَأَلَهُ أَنْ يَكْتُبَهُ عَلَيْهِ سَلَفاً. قَالَ: لَا أُحِبُّ ذٰلِكَ. حَتَّى يَقْبِضَ مِنْهُ مَالَهُ. ثُمَّ يُسَلِّفَهُ إِيَّاهُ إِنْ شَاءَ، أَوْ يُمْسِكَهُ. وإِنَّمَا ذٰلِكَ، مَخَافَةَ أَنْ يَكُونَ قَدْ نَقَصَ فِيهِ. ....

أي أعطاه بطريق القرض **(ثم سأله)** أي زيداً **(الذي تسلّف المال)** وهو عمرو، هكذا في النسخ المصرية، وفي النسخ الهندية بدله «الذي يسلف المال»، وعلى هذا يكون الطلب من زيد، والمؤدىٰ واحد **(أن يُقِرّه)** بضم أوله **(عنده قراضاً)** أي سأل عمرو زيداً أن يجعل المال الذي عند عمرو على طريق القرض قراضاً.

(قال مالك: لا أحب ذلك) العقد **(حتى يقبض)** زيد **(ماله منه)** أي من عمرو **(ثم يدفعه)** أي المال **(إليه)** أي إلى عمرو **(قراضاً)** إن شاء **(أو يمسكه)** عنده، وقد تقدم في أول «باب ما لا يجوز من القراض» أن المسألة إجماعية، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظه عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناً له على رجل مضاربة.

(قال مالك في رجل) أي رب المال زيد مثلاً **(دفع إلى رجل)** عامل عمرو مثلاً **(مالاً قراضاً، فأخبره)** أي أخبر عمرو زيداً **(أنه قد اجتمع عنده)** يعني نض المال عيناً، وبيعت سلعة القراض كلها **(وسأله)** أي عمرو زيداً **(أن يكتبه)** المال **(عليه)** أي على عمرو **(سلفاً، فقال)** مالك: **(لا أحب ذلك)** أي أكرهه **(حتى يقبض)** زيد **(منه ماله)** أي رأس المال والربح **(ثم يسلفه إياه)** أي يعطيه قرضاً بعد ذلك **(إن شاء أو يمسكه)** عنده إن لم يشأ التسليف.

(وإنما ذلك) أي وجه كراهة ذلك **(مخافة أن يكون)** عمرو **(قد نقص فيه)**

فَهُوَ يُحِبُّ أَنْ يُؤَخِّرَهُ عَنْهُ. عَلَى أَنْ يَزِيدَهُ فِيهِ مَا نَقَصَ مِنْهُ. فَذٰلِكَ مَكْرُوهٌ. وَلَا يَجُوزُ وَلَا يَصْلُحُ.

(١٤) باب المحاسبة في القراض

أي في مال القراض **(فهو يحب أن يؤخره عنه)** أي يحب عمرو أن يؤخر زيد عنه الاستيفاء **(على أن يزيده)** عمرو **(فيه ما نقص منه فذلك مكروه)** و**(لا يجوز ولا يصلح)**.

قال الباجي[1]: هو على ما قال: إنه إذا عمل العامل بالمال مدة، ثم أخبر رب المال بمبلغه وسأله أن يقره عنده، فإن ذلك لا يجوز حتى يقبضه منه قبضا ناجزاً، ثم إن شاء أن يردَّه إليه قرضاً فعل، لما قدمه من تجويز أن يكون قد دخله نقص، فيؤخره عنه، ليضمن له النقص فيه، فيدخله السلف للزيادة، ويدخله أيضاً فسخ دين في دين؛ لأن للقراض بعض التعلق بذمته، لأنه لو ادّعى الخسارة فيه ولم يبين وجهها، فقد قال بعض أصحابنا: إنه يضمن.

وإذا أسلفه إياه فقد تعلق بذمته على غير الوجه الذي كان متعلقاً به، فهو من باب فسخ الدين بالدين، وأما إن أحضر العامل المال، فسأل صاحبه أن يخليه عنده قراضاً، ففي «كتاب ابن المواز» عن مالك: لا يجوز ذلك، حتى يقبضه منه، ثم يسلفه إن شاء، ويجيء على قول ابن حبيب أن حضور المال بمنزلة قبضه، وذلك جائز، انتهى.

(١٤) المحاسبة في القراض

والمقصود على ما يظهر من الأقوال الواردة في الباب، هل يجوز للعامل أن يأخذ ربحه بالحساب في غيبة رب المال أم لا؟ قال الموفق[2]: لا يستحق

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٧٧).

(٢) انظر: «المغني» (٧/ ١٦٥ و١٧١، ١٧٢).

....

المضارب أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه، ومتى كان في المال خسرانٌ وربحٌ جُبِرَت الوضيعةُ من الربح، سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة، أو الخسران في صفقة والربح في أخرى؛ لأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال، وما لم يفضل فليس بربح، ولا نعلم في هذا خلافاً، وأما ملك العامل نصيبه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة، فظاهر المذهب أنه يثبت، هذا الذي ذكره القاضي مذهباً، وبه قال أبو حنيفة، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى أنه لا يملكه إلا بالقسمة، وهو مذهب مالك، وللشافعي قولان كالمذهبين.

ثم قال: والربح إذا ظهر في المضاربة لم يجز للمضارب أخذ شيء منه بغير إذنِ رب المال، لا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافاً، وإنما لم يملك ذلك لأمور ثلاثة، **أحدها**: أن الربح وقايةٌ لرأس المال، فلا يأمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابراً له، فيخرُجُ بذلك عن أن يكون ربحاً. **الثاني**: أن رَب المال شريكه، فلم يكن له مقاسمة نفسه، **الثالث**: أن ملكه عليه غير مستقر؛ لأنه بعرضِ أن يخرُجَ عن يده بِجُبْرَانِ خسارةِ المال، وإن أذن رب المال في أخذ شيء جاز، لأن الحقَّ لهما لا يخرج عنهما.

وإن طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال وأبى الآخر قُدِّم قول الممتنع؛ لأنه إن كان رب المال فلأنه لا يأمن الخسران في رأس المال، فيجبره بالربح، وإن كان العامل، فإنه لا يأمن أن يلزمه ردّ ما أخذ في وقت لا يقدر عليه، وإن تراضيا على ذلك جاز، لأن الحق لهما، وسواء اتفقا على قسمة جميعه أو بعضه أو على أن يأخذ كل واحد منهما شيئاً معلوماً ينفقه، ثم متى ظهر في المال خسران أو تَلِفَ كله لزم العامل رد أقل الأمرين مما أخذه أو نصف خسران المال، إذا اقتسما الربح نصفين، وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق.

١٤١٢/ ١٥ ـ قَالَ يَحْيَىٰ: قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً. فَعَمِلَ فِيهِ فَرَبِحَ. فَأَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ حِصَّتَهُ مِنَ الرِّبْحِ. وَصَاحِبُ الْمَالِ غَائِبٌ. قَالَ: لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئاً إِلَّا بِحَضْرَةِ صَاحِبِ الْمَالِ. وَإِنْ أَخَذَ شَيْئاً فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ. حَتَّى يُحْسَبَ مَعَ الْمَالِ إِذَا اقْتَسَمَاهُ.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَجُوزُ لِلْمُتَقَارِضَيْنِ أَنْ يَتَحَاسَبَا وَيَتَفَاصَلَا.

وقال أبو حنيفة: لا تجوز القسمة حتى يستوفي رب المال ماله، قال ابن المنذر: إذا اقتسما الربح ولم يقبض رب المال رأس ماله، فأكثر أهل العلم يقولون: يرد العامل الربح، حتى يستوفي رب المال ماله، ولنا، على جواز القسمة أن المال لها، فجاز لهما أن يقتسما بعضه، انتهى.

وقال ابن رشد[١]: أجمع علماء الأمصار على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح إلا بحضرة رب المال، وأن حضور رب المال شرط في قسمة المال، وأخذ العامل حصته، وأنه ليس يكفي في ذلك أن يقسمه بحضور بينة ولا غيرها، انتهى.

١٤١٢/ ١٥ ـ **(قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً، فعمل فيه)** العامل **(فربح، فأراد)** العامل **(أن يأخذ حصته من الربح و)** الحال أن **(صاحب المال غائب، قال)** مالك: **(لا ينبغي)** ولا يجوز **(له أن يأخذ شيئاً)** من الربح **(إلا بحضرة صاحب المال وإن أخذ شيئاً فهو)** العامل **(له ضامن حتى يحسب)** أي يجمع **(مع المال إذا اقتسماه)** قال الزرقاني[٢]: لأنه لا يجوز اتفاقاً أن يكون أحدٌ مقاسماً لنفسه عن نفسه، ولا آخذاً لها ومعطياً لها، انتهى. وتقدم قريباً ما حكى غير واحد الاتفاق على أنه لا يجوز للعامل أخذه قبل القسمة.

(قال مالك: لا يجوز للمتقارضين أن يتحاسبا ويتفاصلا) بالصاد المهملة

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٤١).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٥٩).

وَالْمَالُ غَائِبٌ عَنْهُمَا. حَتَّى يَحْضُرَ الْمَالُ. فَيَسْتَوْفِي صَاحِبُ الْمَالِ رَأْسَ مَالِهِ. ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الرِّبْحَ عَلَى شَرْطِهِمَا.

في أكثر النسخ المصرية، وفي بعضها والهندية بالمعجمة، والوجه الأول أي يحرزا حصتهما، حكى الباجي[١] عن ابن مزيّن لا ربح لواحد منهما، حتى يحضر المال حضورَ صحة، ويأخذه صاحبُه أخذ مفاصلةٍ وقطع لما بينهما، انتهى. **(والمال غائب عنهما)** يعني لم يكن موجوداً عندهما **(حتى يحضر المال فيستوفي صاحب المال رأس ماله)** عينا كان أو سلعة إن اتفقا على ذلك، حكاه ابن حبيب عن مالك يريد سلعة، يجوز سلم رأس المال فيها، زاد ابن المزين لا ربح لواحد منهما حتى يحضر المال حضورَ صحة، ويأخذه صاحبُه أخذَ مفاصلة وقطع لما بينهما.

ثم إن بدا له أن يردَّه إليه قراضاً، فهو الذي يفصل بين القراض الثاني، والأول، فإما أن يحضر، ويقبضه صاحبه قبضاً على غير صحة ومفاصلة بانقطاع، ثم يردّه إليه في المجلس قراضاً، فهذا بمنزلة ما لم يحضر، ولم يقبض، وهو قراض واحدٌ، يجبر الآخر بالأول إن جاءت فيه وضيعة، كذا في «المنتقى»[٢].

(ثم يقتسمان الربح على قدر) أي مقدار **(شرطهما)** الذي شرطاه في القراض، قال الباجي: وهذا كما قال: إنه ليس للعامل أن يأخذ حصته من الربح إلا بحضرة رب المال وحضرة المال؛ لأن أخذه حصته منه مقاسمة فيه، ولا يجوز أن يتقاسما ربح القراض إلا بعد أن يحصل رأس المال، ولو حضر المال وصاحبه، فأمره أن يأخذ منه حصته من الربح، ويبقى الباقي عنده على وجه القراض، أو تقاسما الربح، ويبقى رأس المال عنده على وجه القراض، ولم يقبضه منه، فقد قال ابن القاسم: لا يصلح ذلك حتى يقبضه منه، ووجه

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٧٧).

(٢) (٥/ ١٧٧).

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ أَخَذَ مَالاً قِرَاضاً. فَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً. وَقَدْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ. فَطَلَبَهُ غُرَمَاؤُهُ فَأَدْرَكُوهُ بِبَلَدٍ غَائِبٍ عَنْ صَاحِبِ الْمَالِ. وَفِي يَدَيْهِ عَرْضٌ مُرَبَّحٌ بَيِّنٌ فَضْلُهُ. فَأَرَادُوا أَنْ يُبَاعَ لَهُمُ الْعَرْضُ فَيَأْخُذُوا حِصَّتَهُ مِنَ الرِّبْحِ. قَالَ: لَا يُؤْخَذُ مِنْ رِبْحِ الْقِرَاضِ شَيْءٌ. حَتَّى يَحْضُرَ صَاحِبُ الْمَالِ فَيَأْخُذَ مَالَهُ. ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الرِّبْحَ عَلَى شَرْطِهِمَا.

ذلك أن بقاء المال بيد العامل لا يكون إلا على الوجه الذي قبضه عليه، ولا يخرجه عن ذلك إلا قبضه منه، انتهى.

(قال مالك في رجل أخذ مالاً) هكذا في جميع النسخ الهندية والمصرية غير الزرقاني، ففيها «في رجل دفع إلى رجل مالاً» **(قراضاً، فاشترى به)** العامل **(سلعة)** للتجارة **(وقد كان عليه)** أي على العامل **(دينٌ)** للناس **(فطلبه غرماؤه، فأدركوه)** أي العامل **(ببلد غائب عن صاحب المال)** وصف البلد بغائب في النسخ المصرية تجوزاً أي أدركوه في بلد لم يكن فيه صاحب المال **(وفي يديه)** أي العامل **(عرض مُرَبَّحٌ)** أي ذات ربح **(بَيِّنٌ)** أي ظاهر **(فضله)** أي زيادته يعني ربحه ظاهر لكثرته.

(فأرادوا) أي الغرماء **(أن يباع لهم العرض)** أي لأداء ديونهم **(فيأخذوا حصته)** أي حصة العامل **(من الربح، فقال)** مالك: **(لا يؤخذ من ربح القراض شيء حتى يحضر صاحب المال)** فيحاسب في حضرته **(فيأخذ)** صاحب المال أولاً رأس **(ماله ثم)** بعد ذلك **(يقتسمان الربح)** بينهما **(على شرطهما)** الذي شرطاه في الربح من النصف وغيره.

قال الباجي[1]: وهذا كما قال: إنه ليس لغرماء العامل بيع المال أو أخذ حصته من الربح المتيقن فيه حتى يحضر صاحب المال؛ لأن العامل لا يستقر له ملك على حصته من الربح، حتى يقبض صاحب المال رأس ماله، ويقاسمه في الربح.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٧٨).

قالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً. فَتَجَرَ فِيهِ فَرَبِحَ. ثُمَّ عَزَلَ رَأْسَ الْمَالِ. وَقَسَمَ الرِّبْحَ. فَأَخَذَ حِصَّتَهُ وَطَرَحَ حِصَّةَ صَاحِبِ الْمَالِ فِي الْمَالِ. بِحَضْرَةِ شُهَدَاءَ أَشْهَدَهُمْ عَلَى ذٰلِكَ. قَالَ: لَا تَجُوزُ قِسْمَةُ الرِّبْحِ إِلَّا بِحَضْرَةِ صَاحِبِ الْمَالِ. وَإِنْ كَانَ أَخَذَ شَيْئاً رَدَّهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ صَاحِبُ الْمَالِ رَأْسَ مَالِهِ. ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ مَا بَقِيَ بَيْنَهُمَا عَلَى شَرْطِهِمَا.

فإن قام غرماء رب المال على العامل، وهو غائب والمال عين، قضى للغرماء وبينهم من رأس المال وحصته من الربح، ودفع إلى العامل حصته من الربح، قاله ابن المواز عن مالك، وهذا مبني على أن العامل لا يملك حصته من الربح، إلا بعد القسمة، فلذلك لا يباع المال لغرمائه، ويباع لغرماء رب المال؛ لأن المال كله على ملكه، انتهى.

وتقدم في أول الباب أنه لا يجوز إجماعاً أخذ العامل حصته من الربح قبل القسمة بحضرة رب المال، ولا خلاف بينهم في ذلك على الخلاف في أن العامل يملك الربح بالظهور أو بالقسمة.

(قال مالك، في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فتجَرَ فيه) العامل **(فربح ثم عزل)** العامل **(رأس المال)** أولاً **(وقسم الربح)** في غيبة من صاحب المال **(فأخذ حصته وطرح)** أي ألقى **(حصة صاحب المال في)** رأس **(المال بحضرة شهداء)** في النسخ الهندية وأكثر المصرية، وفي بعضها «بحضرة شهود» **(أشهدهم)** أي أشهد العامل الشهود **(على ذلك)** الذي فعل.

(قال) مالك: **(لا يجوز قسمة الربح إلا بحضرة صاحب المال)** مطلقاً **(وإن كان)** العامل **(أخذ شيئاً ردّه)** وجمعه مع رأس المال **(حتى يستوفي صاحبُ المال)** أولاً **(رأس ماله، ثم)** بعد ذلك **(يقتسمان ما بقي بينهما من الربح)** بيانٌ لما بقي **(على شرطهما)** في الربح، قال الباجي[1]: وهذا كما قال: ولا ينفعه

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٧٨).

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً. فَعَمِلَ فِيهِ فَجَاءَهُ. فَقَالَ لَهُ: هٰذِهِ حِصَّتُكَ مِنَ الرِّبْحِ. وَقَدْ أَخَذْتُ لِنَفْسِي مِثْلَهُ. وَرَأْسُ مَالِكَ وَافِرٌ عِنْدِي. قَالَ مَالِكٌ: لَا أُحِبُّ ذٰلِكَ. حَتَّى يَحْضُرَ الْمَالُ كُلُّهُ. فَيُحَاسِبَهُ حَتَّى يَحْصُلَ رَأْسُ الْمَالِ. وَيَعْلَمَ أَنَّهُ وَافِرٌ. وَيَصِلَ إِلَيْهِ. ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الرِّبْحَ بَيْنَهُمَا. ثُمَّ يَرُدُّ إِلَيْهِ الْمَالَ إِنْ شَاءَ، أَوْ يَحْبِسُهُ. ....

الإشهاد على ذلك؛ لأنه أشهد على فعل ما لا يجوز له فعله، فيجب عليه رد ما أخذ، انتهى. وتقدم أن المسألة إجماعية.

(قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فعمل فيه) العامل **(فجاءه)** أي جاء العامل رب المال **(فقال له: هذه حصتك من الربح)**، جئت به عندك **(وقد أخذت لنفسي مثله ورأس مالك وافر)** تامّ أي موجود بتمامه **(عندي)**، أي موجود كله لم ينقص منه شيء **(قال)** مالك: **(لا أُحِبُّ ذلك)** أيضاً **(حتى يحضر المالُ كلُّه)** عند رب المال **(فيُحَاسِبُه)** رب المال **(حتى يحصل رأس المال، ويعلم)** ربه **(أنه)** أي رأس المال **(وافرٌ)** أي كامل كله **(ويصل إليه)** أي يقبضه رب المال **(ثم يقتسمان الربح بينهما، ثم)** بعد ذلك **(يَرُدُّ إليه)** أي يرد رب المال إلى العامل **(المالَ)** للقراض الثاني **(إن شاءَ أو يحبسه)** عنده، ولا يعطيه مرة أخرى، وذلك لأن قسمة الربح قبل قبض رب المال رأس المال على شرف الزوال، إن هلك المال بعد ذلك يبطل القسمة.

قال السرخسي[(١)]: إذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربةً بالنصف، فربح ألفا، فاقتسما الربح، وبقي رأس مال المضاربة في يد المضارب على حاله، حتى هلك أو عمل بها، فوضع فيها أو توي بعد ما عمل، فإن قسمتها باطلة، وما هلك فهو من الربح؛ لأن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال إلى رب

---

(١) «المبسوط» (٢٢/ ١٠٥).

وَإِنَّمَا يَجِبُ حُضُورُ الْمَالِ. مَخَافَةَ أَنْ يَكُونَ الْعَامِلُ قَدْ نَقَصَ فِيهِ. فَهُوَ يُحِبُّ أَنْ لَا يُنْزَعَ مِنْهُ. وَأَنْ يُقِرَّهُ فِي يَدِهِ.

(١٥) باب ما جاء في القراض

١٤١٣/١٦ ـ قَالَ يَحْيَىٰ: قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً. فَابْتَاعَ ....

المال، قال عليه الصلاة والسلام: «مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس مال، فكذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه» أو قال: «فرائضه»، انتهى.

(وإنما يجب) بالواو في النسخ المصرية[1] أوجه من فاء «فإنما» التي في النسخ الهندية **(حضور المال)** كله عند المحاسبة **(مخافة أن يكون العامل قد نقص فيه)** وفي نسخة «نقص منه» **(فهو يُحِبُّ أن لا ينزع منه)** رب المال رأس المال، وأعرب في النسخ المصرية على «أن لا ينزع» ببناء المجهول، وفي النسخ الهندية «أن لا ينتزع» من الافتعال **(وأن يقره في يده)** أي يبقيه عنده لئلا يشاع عنه أنه نقص مال القراض، فينفر من معاملته.

قال الباجي: وهذا على ما قال: إنه لا يجوز أن يقاسم الربح إلا بعد ردِّ رأس المال وقبض صاحبه له؛ لأنّا قد بيّنّا أن العامل لا يملك حصته من الربح إلا بعد القسمة، لأن مقتضى القراض أن يجبر رأس المال بالربح، ولو عقدا على خلاف ذلك لم يصح، انتهى.

(١٥) جامع ما جاء في القراض

أي الأحكام المتفرقة في هذا الباب

١٤١٣/١٦ ـ **(قال مالك، في رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً فابتاع)**

---

(١) كذا في نسخة «الاستذكار» (٢١/ ١٨٤).

بِهِ سِلْعَةً. فَقَالَ لَهُ صَاحِبُ الْمَالِ: بِعْها. وَقَالَ الَّذِي أَخَذَ الْمَالَ: لَا أَرَى وَجْهَ بَيْعٍ. فَاخْتَلَفَا فِي ذٰلِكَ. قَالَ: لَا يُنْظَرُ إِلَى قَوْلِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. وَيُسْئَلُ عَنْ ذٰلِكَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ وَالْبَصرِ بِتِلْكَ السِّلْعَةِ. فَإِنْ رَأَوْا وَجْهَ بَيْعٍ، بِيعَتْ عَلَيْهِمَا. وَإِنْ رَأَوْا وَجْهَ انْتِظَارٍ، انْتُظِرَ بِهَا.

العامل **(به سلعة فقال له صاحب المال: بعها)** أي السلعة في الحال **(وقال الذي أخذ المال)** أي العامل **(لا أرى وجه بيع)** إذ ذاك للكساد في السلعة أو انتظاراً للغلاء **(فاختلفا في ذلك)** أحدُهما يطلب البيع والآخر يمنعه.

(قال) مالك: **(لا ينظر)** ببناء المجهول **(إلى قول واحد منهما)** أي من المتعاقدين **(ويسأل)** ببناء المجهول **(عن ذلك)** الأمر **(أهل المعرفة)** بالبيع **(والبصر)** بفتحتين أي أهل الخبرة **(بتلك السلعة فإن رأوا وجه بيع)** أي رأوا البيع إذا ذاك موجهاً ومصلحة **(بيعت)** السلعة **(عليهما وإن رأوا وجه انتظار انتظر بها)**.

قال الباجي(١): وهذا كما قال: إنه ليس لرب المال أن يبيع على العامل سلعة متى شاء؛ لأن ذلك إبطال لعمله وإتلاف لما يبقى له من حصته من الربح والقراض قد لزمهما على وجه ما دخلا فيه بالشراء والعمل، فليس لواحد منهما الانفكاك إلا على الوجه المعهود من التجارة وطلب التنمية، انتهى.

وقال الزرقاني(٢): وذلك لأن القراض قد لزم بالشراء والعمل، فليس لهما الانفكاك إلا على الوجه المعهود، وقال الكوفيون والشافعي: تباع السلعة في الوقت؛ لأن لكل واحد منهما عنده نقض القراض عند العمل وبعده؛ لأنه عقد غير لازم، انتهى.

هكذا أفصح العلامة الشارح ـ رحمه الله ـ مراد «الموطأ» ولا شك أنه أعرف بمراد «الموطأ»، فإنه صاحب المذهب.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٧٩).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٦١).

....

وما سنح لهذا الحقير المعترف بقصور باعه في العلوم أن مسألة «الموطأ» غير المسألة التي ذكرها الشارح، فإن مسألة فسخ القراض من أحد المتعاقدين تقدم في «باب ما لا يجوز من الشروط»، وتقدم هناك اختلاف العلماء في ذلك، والمذكور ههنا اختلاف المتعاقدين مع بقاء القراض على حاله، وعلى هذا فمؤدىٰ «الموطأ» اعتبار الأصلح بقول أهل الخبرة، وقد اعتبرته الحنابلة في مسألة أخرى ذكرها صاحب «المغني»(١): وللعامل أن يشتري المعيب إذا رأى المصلحة فيه؛ لأن المقصود الربح، وقد يكون الربح في المعيب، فإن اشتراه يظنه سليماً، فله ما يرى المصلحة فيه من ردِّه بالعيب أو إمساكه وأخذ أرش العيب، فإن اختلف العامل ورب المال في الرد، فطالبه أحدهما، وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ؛ لأن المقصود تحصيل الحظ، فيحتمل الأمر على ما فيه الحظ، انتهى.

ومذهب الحنفية في ذلك يعني في اختلاف المتعاقدين في البيع ما في «الدر المختار»(٢): لو شرى بمالها متاعاً، فقال: أنا أمسكه حتى أجد رِبحاً كثيراً، وأراد المالك بيعه، فإن كان في المال ربح أُجبر على بيعه لعمله بأجر، إلا أن يقول للمالك: أعطيك رأس المال، وحصتك من الربح، فيجبر المالك على قبول ذلك، انتهى. وبسط ابن عابدين في فروع ذلك.

وأما مسألة الانفكاك التي ذكرها العلامة الزرقاني، فتوضيح مسلك المالكية في ذلك ما في «الدردير»(٣)، إذ قال: ولكل من المتقارضين فسخه أي

(١) «المغني» (٧/ ١٥١).
(٢) (٨/ ٥٢٤).
(٣) «الشرح الكبير» (٣/ ٥٣٥).

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ أَخَذَ مِنْ رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً. فَعَمِلَ فِيهِ، ثُمَّ سَأَلَهُ صَاحِبُ الْمَالِ عَنْ مَالِهِ. فَقَالَ: هُوَ عِنْدِي وَافِرٌ. فَلَمَّا آخَذَهُ بِهِ، قَالَ: قَدْ هَلَكَ عِنْدِي مِنْهُ كَذَا وَكَذَا. لِمَالٍ يُسَمِّيهِ. وَإِنَّمَا قُلْتُ لَكَ ذٰلِكَ لِكَيْ تَتْرُكَهُ عِنْدِي، قَالَ: لَا يَنْتَفِعُ بِإِنْكَارِهِ بَعْدَ إِقْرَارِهِ أَنَّهُ عِنْدَهُ. وَيُؤْخَذُ بِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ. ....

تركه قبل عمله وإلا فلنضوضه[١]، وليس لأحدهما قبل النضوض كلام، فإن تراضيا على الفسخ جاز، وإن استنضه أي كلٌّ منهما على البدلية أي طلب رب المال دون العامل أو عكسه، فالحاكم ينظر في الأصلح من تعجيل أو تأخير، فإن اتفقا على النضوض جاز، فإن لم يكن حاكم شرعي فجماعة المسلمين، ويكفي منهم اثنان، انتهى.

(قال مالك في رجل أخذ من رجل مالاً قراضاً فعمل فيه) وتجر **(ثم سأله)** أي العامل **(صاحب المال عن ماله، فقال)** العامل: **(هو عندي وافر)** أي كامل **(فلما أخذه به)** أي فلما أراد رب المال أن يأخذ ماله، وأخذ العامل بإقراره الكمال **(قال)** العامل: **(قد هلك عندي منه كذا وكذا. لمال)** بلام جارة على مال مُنَكَّرٍ في النسخ المصرية، وبتعريف المال في النسخ الهندية **(يسميه)** أي عدد الأموال الهالكة وعينها، واعتذر عن إقراره الأول بقوله: **(وإنما قلت ذلك)** أي إنه وافر عندي **(لكي تتركه)** أي مال القراض **(عندي)** ولا تعجل بوصوله.

(قال) مالك: **(لا ينتفع)** العامل **(بإنكاره بعد إقراره)** أولاً بقوله: **(أنه عنده)** وافر **(ويؤخذ)** ببناء المجهول، أي العامل بصيغة التذكير في النسخ المصرية، ولا وجه لما في النسخ الهندية من لفظ تؤخذ بصيغة التأنيث، اللّٰهم إلا أن يقال: إن الضمير إلى الأموال المشارة بقوله: كذا وكذا المال يسميه **(بإقراره)** الأول **(على نفسه)**

---

(١) فلنضوضه: أي فيبقى المال تحت يد العامل لنضوضه أي خلوصه ببيع السلع.

إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ فِي هَلَاكِ ذٰلِكَ الْمَالِ بِأَمْرٍ يُعْرَفُ بِهِ قَوْلُهُ. فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِأَمْرٍ مَعْرُوفٍ. أُخِذَ بِإِقْرَارِهِ وَلَمْ يَنْفَعْهُ إِنْكَارُهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَكَذٰلِكَ أَيْضاً لَوْ قَالَ: رَبِحْتُ فِي الْمَالِ كَذَا وَكَذَا. فَسَأَلَهُ رَبُّ الْمَالِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مَالَهُ وَرِبْحَهُ. فَقَالَ: مَا رَبِحْتُ فِيهِ شَيْئاً. وَمَا قُلْتُ ذٰلِكَ إِلَّا لِأَنْ تُقِرَّهُ فِي يَدِي: فَذٰلِكَ لَا يَنْفَعُهُ. وَيُؤْخَذُ بِمَا أَقَرَّ بِهِ. إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِأَمْرٍ يُعْرَفُ بِهِ قَوْلُهُ وَصِدْقُهُ. فَلَا يَلْزَمُهُ ذٰلِكَ.

قال الزرقاني[1]: ولا خلاف في هذا، وقد أجمعوا على أن الرجوع في حقوق الناس بعد الإقرار لا ينفع الراجع (**إلا أن يأتي**) العامل (**على**) صحة دعواه في (**هلاك ذلك المال بأمر**) أي دليل (**يُعْرَفُ**) ببناء المجهول (**به قولُه**) نائب فاعل أي يُعْرَفُ به صحةُ قوله، ويكون دليلاً عليه (**فإن لم يأت بأمر معروف**) يكون حجة ودليلاً (**أُخِذ**) ببناء المجهول أي العامل (**بإقراره**) الأول (**ولم ينفعه إنكاره**) الآخر.

(**قال مالك**) هكذا في النسخ الهندية وأكثر المصرية، وليس في بعض المصرية لفظ «قال مالك»، بل ذكر القول الآتي في ذيل ما سبق.

(**وكذلك أيضاً**) أي مثل الحكم السابق (**لو قال**) العامل: (**ربحت في المال كذا وكذا**) مقداراً عينه (**فسأله رب المال أن يدفع إليه ماله وربحه، فقال**) العامل: (**ما ربحت فيه شيئاً، وما قلت ذلك**) الذي قلته أولاً من إقرار الربح (**إلا لأن تُقِرّه**) بضم أوله أي كي تتركه (**في يدي**) على القراض (**فذلك**) الإنكار أيضاً (**لا ينفعه و**) إنما (**يؤخذ بإقراره الأول**) في النسخ الهندية، وفي النسخ المصرية «بما أقرَّ به» أي أولاً من كثرة الربح (**إلا أن يأتي**) العامل (**بأمر يعرف به قوله وصدقه**) عطف تفسير للقول، أي يعرف به صدق قوله، فإن أتى بحجة واضحة (**فلا يلزمه ذلك**) الإقرار الذي أقرّ به أولاً لثبوت إنكاره الآخر.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ١٦١).

....

قال الباجي[١]: وهذا كما قال: إنه يؤخذ بإقراره أن المال باقٍ عنده أو أنه قد ربح فيه، فإن ادّعى بعد ذلك الخسارة أو ضياع المال أو أنه لم يربح شيئاً لم يقبل مجرد إنكاره، وأخذ بأول إقراره، فإن أتى بأمرٍ يُعْرَفُ به وجه ما ادّعاه، وقامت له بذلك بَيِّنَةٌ يريد[٢] ما ادّعاه من الخسارة أو ضياع المال، انتهى.

وفي «الشرح الكبير» وبنحوه قال الموفق[٣]: إن قال: ربحت ألفاً، ثم قال: خسرتها، أو تلفت، قُبِلَ قوله؛ لأنه أمينٌ يُقْبَلُ قولُه في التلف، فَقُبِلَ قوله في الخسارة كالوكيل، وإن قال: غلطت أو نسيت لم يُقْبَلْ قولُه؛ لأنه مُقِرٌّ بحق لآدمي، فلم يقبل قوله في الرجوع.

كما لو أقرّ بأن رأس المال ألف، ثم رجع، ولو أن العامل خسر فقال لرجل: أقرضني ما أتمم به رأس المال لأعرضه على ربه، فإنني أخشى أن ينزعه مني إن علم بالخسارة، فأقرضه فعرضه على رب المال، وقال: هذا رأس مالك، فأخذه فله ذلك، ولا يقبل رجوع العامل عن إقراره إن رجع، ولا تقبل شهادة المقرض له؛ لأنه يَجُرُّ إلى نفسه نفعاً، وليس له مطالبة رب المال؛ لأن العامل ملكه بالقرض، ثم سَلّمه إلى رب المال، ولكنه يرجع المقرض على العامل لا غير.

وقال أيضاً: لا يقبل رجوع المقر عن إقراره إلا فيما كان حداً لله يدرأ بالشبهات، ويحتاط لإسقاطه، فأما حقوق الآدميين وحقوق الله التي لا تدرأ بالشبهات، كالزكاة وغيرها، فلا يقبل رجوعه منها، ولا نعلم في هذا خلافاً، انتهى.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٧٩).

(٢) كذا في الأصل، والظاهر تحريف من الناسخ، ولعله يعتبر، اهـ. «ش».

(٣) «المغني» (٧/ ١٨٦).

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً قِرَاضاً. فَرَبِحَ فِيهِ رِبْحاً. فَقَالَ الْعَامِلُ: قَارَضْتُكَ عَلَى أَنَّ لِي الثُّلُثَيْنِ. وَقَالَ صَاحِبُ الْمَالِ: قَارَضْتُكَ عَلَى أَنْ لَكَ الثُّلُثَ. قَالَ مَالِكٌ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ. وَعَلَيْهِ، فِي ذٰلِكَ، الْيَمِينُ. إِذَا كَانَ مَا قَالَ يُشْبِهُ قِرَاضَ مِثْلِهِ. وَكَانَ ذٰلِكَ نَحْواً مِمَّا يَتَقَارَضُ عَلَيْهِ النَّاسُ. وَإِنْ جَاءَ بِأَمْرٍ يُسْتَنْكَرُ، لَيْسَ عَلَى مِثْلِهِ يَتَقَارَضُ النَّاسُ، لَمْ يُصَدَّقْ. وَرُدَّ إِلَى قِرَاضِ مِثْلِهِ.

وفي «البدائع»[(١)]: لو جاء المضارب بألفين، فقال: ألف رأس المال، وألف ربح، ثم قال: ما أربح إلا خمسمائة، ثم هلك المال كله في يد المضارب، فالمضارب يضمن الخمسائة التي جحدها، ولا ضمان عليه في باقي المال؛ لأن الربح أمانة في يده، فإذا جحده صار غاصباً بالجحود، فيضمن إذا هلك، انتهى.

(قال مالك في رجل دفع إلى رجل) أي أعطاه **(مالاً قراضاً)** فتَجَرَ فيه **(فربح فيه ربحاً)** ثم اختلفا **(فقال العامل: قارضتك على أن لي الثلثين)** ولك الثلث **(وقال صاحب المال: قارضتك على أن لك الثلث)** ولي الثلثان **(قال مالك: القول)** المرجح في ذلك **(قول العامل و)** يجب **(عليه في ذلك)** أي في صدق دعواه **(اليمين إذا كان ما قال يشبه قراض مثله)** وفسر قراض المثل بقوله **(وكان ذلك نحواً مما يتقارض عليه الناس)** يعني يكون دعواه موافقاً للمتعارف بين التجار في مثل هذا المال في تلك البلاد.

(وإن جاء) العامل **(بأمر يستنكر)** ببناء المجهول، وفسر المستنكر بقوله: **(وليس على مثله يتقارض الناس)** يعني لم يتعارف القراض على مثل قوله في مثل هذا المال. مثلاً ادّعى ثمن الربح كما يأتي في كلام الدردير **(لم يُصَدَّقْ)** ببناء المجهول أي العامل **(وَرُدّ)** ببناء المجهول أي هذا القراض **(إلى قراض مثله)**.

---

(١) «بدائع الصنائع» (٥/ ١٥٧).

....

قال الباجي(١): وهذا كما قال: إنه إن ادّعى كل واحد منهما أنه شرط لنفسه الثلثين، فإن ذلك على أربعة أوجه، **أحدها**: أن يكون ما يدّعيه العامل قراضٌ مثله دون صاحب المال، **والثاني**: أن يدّعي كل واحد منهما ما يشبه، **والثالث**: أن يدعي العامل ما لا يُشْبِهُ قراضَ مثله، ويكون دعوى صاحب المال يشبه، **والرابع**: أن يدّعي كل واحد منهما ما لا يشبه، فإن ادّعى العامل ما يشبه وادّعى صاحب المال ما لا يشبه أو ادّعيا جميعاً ما يشبه، فالقول قول العامل مع يمينه؛ لأن المال في يده، فكان أولى بما يدّعيه من ربحه.

وإن ادّعى صاحب المال ما يشبه دون العامل، فالقول قول صاحب المال؛ لأن الظاهر شهد له، وإن ادّعى كل واحد منهما ما لا يشبه ردّ إلى قراض المثل بعد أيمانهما، وهذا معنى قول مالك، فإن جاء بأمر يستنكر لم يصدق، وردّ إلى قراض المثل، انتهى.

قال الدردير(٢): ادّعيا أي كلٌّ من رب المال والعامل ما لا يشبهُ كأن يقول العامل: الثلثين، ورب المال: الثمن، فاللازم قراضُ المثل، وإن أشبه أحدُهما فالقول له، وإن أشبها معاً فالقول للعامل لترجيح جانبه بالعمل، وهذا إذا كان الاختلاف بعد العمل، فإن كان قبل العمل، فالقول لرب المال أشبه أم لا، انتهى.

قلت: وذلك لأن قبل العمل له حق الفسخ فلا فائدة لقول العامل، فإن رب المال يفسخه.

وقال الموفق(٣): إن قال: شرطتَ لي نصف الربح، فقال: بل ثُلُثَه، فعن

(١) «المنتقى» (٥/ ١٧٩).

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ٥٢٠).

(٣) «المغني» (٧/ ١٨٥).

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ أَعْطَى رَجُلاً مِائَةَ دِينَارٍ قِرَاضاً. فَاشْتَرَى بِهَا سِلْعَةً. ثُم ذَهَبَ لِيَدْفَعَ إِلَى رَبِّ السِّلْعَةِ الْمِائَةَ دِينَارٍ. فَوَجَدَهَا قَدْ سُرِقَتْ. فَقَالَ رَبُّ الْمَالِ: بِعِ السِّلْعَةَ. فَإِنْ كَانَ فِيهَا فَضْلٌ كَانَ لِي. وَإِنْ كَانَ فِيهَا نُقْصَانٌ كَانَ عَلَيْكَ. لِأَنَّكَ أَنْتَ ضَيَّعْتَ. ....

أحمد فيه روايتان، **إحداهما**: القول قول رب المال، نصّ عليه في رواية ابن المنصور وغيره، وبه قال الثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المبارك وابن المنذر؛ لأن رب المال يُنْكِر السدس الزائد، والقول قول المنكر.

والثانية: أن العامل إذا ادّعى أجر المثل وزيادة يتغابنُ الناسُ بمثلها، فالقول قوله، وإن ادّعى أكثر، فالقول قوله[١] فيما وافق أجر المثل، وقال الشافعي: يتحالفان، لأنهما اختلفا في عوض عقد، فيتحالفان كالمتبايعين، ولنا، قول النبي ﷺ: «اليمين على المدعى عليه»، انتهى.

قال السرخسي[٢]: إذا قال المضارب بعد حصول الربح: شرطتَ لي نصف الربح، وقال رب المال: شرطتُ لك الثلث، فالقول قول رب المال مع يمينه؛ لأن المضارب يدّعي الزيادة فيما شرط له، ورب المال منكر، فالقول قوله مع يمينه، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المضارب لإثباته الزيادة في حقه، انتهى.

(قال مالك في رجل أعطى رجلاً مائة دينار قراضاً، فاشترى بها) العامل **(سلعةً، ثم ذهب ليدفع إلى رب السلعة)** المشتراة **(المائة دينار)** ثمن سلعتها **(فوجدها قد سرقت)** ببناء المجهول **(فقال رب المال: بع السلعة)** هذه على الفور **(فإن كان فيها فضل)** أي ربح **(كان لي)** لأنها اشتريت على القراض **(وإن كان فيها نقصان كان عليك، لأنك أنت ضَيَّعْتَ)** المال مائة دينار بقلة الحفظ.

---

(١) كذا في «المغني»، وفي «الشرح الكبير»: فالقول قول رب المال فيما زاد على أجر المثل، اهـ. «ش».

(٢) «المبسوط» (٢٢/ ٨٩).

وَقَالَ الْمُقَارِضُ: بَلْ عَلَيْكَ وَفَاءُ حَقِّ هٰذَا. إِنَّمَا اشْتَرَيْتُهَا بِمَالِكَ الَّذِي أَعْطَيْتَنِي. قَالَ مَالِكٌ: يَلْزَمُ الْعَامِلَ الْمُشْتَرِيَ أَدَاءُ ثَمَنِهَا إِلَى الْبَائِعِ. وَيُقَالُ لِصَاحِبِ الْمَالِ الْقِرَاضِ: إِنْ شِئْتَ فَأَدِّ الْمِائَةَ الدِّينَارِ إِلَى الْمُقَارِضِ، وَالسِّلْعَةُ بَيْنَكُمَا. وَتَكُونُ قِرَاضاً عَلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ الْمِائَةُ الأُولَى. وَإِنْ شِئْتَ فَابْرَأْ مِنَ السِّلْعَةِ. فَإِنْ دَفَعَ الْمِائَةَ دِينَارٍ إِلَى الْعَامِلِ كَانَتْ قِرَاضاً عَلَى سُنَّةِ الْقِرَاضِ الأَوَّلِ. وَإِنْ أَبَىٰ، كَانَتِ السِّلْعَةُ لِلْعَامِلِ. وَكَانَ عَلَيْهِ ثَمَنُهَا.

(**وقال المقارض: بل عليك وفاء حق هذا**) أي أداء ثمن هذه السلعة لأني (**إنما اشتريتُها**) للقراض (**بمالك الذي أعطيتني**) فكنت وكيلاً لك أميناً.

(**قال مالك**) في الصورة المذكورة: (**يلزم العامل المشتري**) مفعول يلزم (**أداء ثمنها**) فاعله (**إلى البائع**) لأن العامل هو متولي الشراء (**ويقال لصاحب المال**) زاد في النسخ المصرية بعد ذلك لفظ «القراض» فهو بدل عن المال (**إن شئت فأدِّ المائة الدينار**) مرة أخرى (**إلى المقارض و**) تكون (**السلعة**) بعد ذلك مشتركةً (**بينكما**) ويكون رأس المال هذه المائة الثانية، كما سيأتي قريباً (**ويكون**) العقد (**قراضاً على ما كانت عليه المائة الأولى**) من الشروط (**وإن شئت فابرأ من السلعة**) هذه، والمائة دينار الأولى التي سرقت فقد ضاعت منك؛ لأنه لا ضمان على المضارب.

(**فإن دفع**) رب المال (**المائة الدينار**) مرةً أخرى (**إلى العامل كانت**) هذه السلعة (**قراضاً**) بينهما (**على سنة القراض الأول**) من الشروط التي شرطت فيه من الربح وغيره (**وإن أبى**) أي امتنع رب المال عن أدائها (**كانت**) أي صارت (**السلعة للعامل، وكان عليه**) أي على العامل (**ثمنها**) وله ربحها، والمائة الأولى صارت هباءً منثوراً.

قال ابن رشد[1]: اختلفوا إذا هلك مال القراض بعد أن اشترى العامل به

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٤١).

....

سلعةً، قبل أن ينقده البائع، فقال مالك: البيع لازم للعامل، ورب المال مُخَيَّرٌ إن شاء دفع قيمة السلعة مرةً ثانيةً، ثم تكون بينهما على ما شرطا من المقارضة، وإن شاء تَبَرَّأ عنها، وقال أبو حنيفة: بل يلزم ذلك الشراء رب المال شَبَّهَه بالوكيل إلا أنه قال: يكون رأس المال في ذلك القراض الثمنين، ولا يقتسمان الربح إلا بعد حصوله عينا، أعني ثمن تلك السلعة التي تَلِفَت أوّلاً، والثمن الثاني الذي لزمه بعد ذلك، انتهى.

وأما عند المالكية فيكون رأس المال هذه المائة الثانية فقط، كما تقدم في ما لا يجوز من القراض، وتقدم فيه ما قال الدردير: إن تلف جميعه فأتاه رَبُّه ببدله، فربح الثاني، فلا يُجْبَرُ ربحه الأول، وهو ظاهر؛ لأنه قراض ثانٍ، انتهى.

وقال الموفق[1]: إن اشترى للمضاربة شيئاً، فتلف المال قبل نقده، فالشراء للمضاربة وعقدها باقٍ، ويلزم رب المال الثمن، ويصير رأس الثمن دون التالف؛ لأن الأول تلف قبل التصرف فيه، وهذا قول بعض الشافعية، ومنهم من قال: رأس المال هذا والتالف؛ وحُكِيَ ذلك عن أبي حنيفة ومحمد بن الحسن، ولنا: أن التالف تلف قبل التصرف فيه، فلم يكن من رأس المال، كما لو تلف قبل الشراء، انتهى.

وفي «الهداية»[2]: إن كان معه ألف، فاشترى بها عبداً، فلم ينقدها، حتى هلكت الألف، يدفع رب المال ذلك الثمن، ثم وثم[3]، ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال، انتهى.

---

(١) «المغني» (٧/ ١٧٦).

(٢) (٣/ ٦/ ٢٠٧).

(٣) قوله: ثم وثم؛ يعني إذا كان مع المضارب ألف درهم فاشترى به عبداً، وضاع الثمن قبل النقد يرجع على رب المال، فإذا دفع إليه ثانياً ثم هلك قبل النقد أيضاً يرجع عليه أيضاً، وهكذا يرجع عليه كلما هلك إلى ما لا يتناهى، ويكون رأس المال حين دفع إليه رب المال.

قَالَ مَالِكٌ، فِي الْمُتَقَارِضَيْنِ إِذَا تَفَاصَلَا فَبَقِيَ بِيَدِ الْعَامِلِ مِنَ الْمَتَاعِ الَّذِي يَعْمَلُ فِيهِ خَلَقُ الْقِرْبَةِ أَوْ خَلَقُ الثَّوْبِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذٰلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: كُلُّ شَيْءٍ مِنْ ذٰلِكَ كَانَ تَافِهاً، لَا خَطْبَ لَهُ، فَهُوَ لِلْعَامِلِ. وَلَمْ أَسْمَعْ أَحَداً أَفْتَىٰ بِرَدِّ ذٰلِكَ وَإِنَّمَا يُرَدُّ، مِنْ ذٰلِكَ، الشَّيْءُ الَّذِي لَهُ ثَمَنٌ. وَإِنْ كَانَ شَيْئاً لَهُ اسْمٌ. مِثْلُ الدَّابَّةِ أَوِ الْجَمَلِ أَوِ الشَّاذَ كُونَةِ. أَوْ أَشْبَاهِ ذٰلِكَ مِمَّا لَهُ ثَمَنٌ. فَإِنِّي أَرَى أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ عِنْدَهُ مِنْ هٰذَا. إِلَّا أَنْ يَتَحَلَّلَ صَاحِبَهُ مِنْ ذٰلِكَ.

(قال مالك في المتقارضين) أي في اللذين عقدا بينهما القراض **(إذا تفاصلا)** بالصاد المهملة في النسخ المصرية، وبالمعجمة في الهندية، والصواب الأول أي انفكّا عن هذا العقد وانفصلا **(فبقي بيد العامل من المتاع الذي)** كان **(يعمل فيه)** في زمن القراض **(خلق)** بفتح المعجمة واللام أي بالي **(القِرْبة أو)** بقي عنده **(خَلَقُ الثوب)** ذكرهما مثالاً **(أو ما أشبه ذلك)** كالغرارة ونحوها.

(قال مالك: كل شيء من ذلك) الذي بقي عنده **(كان)** صفة شيء **(تافهاً)** بالفوقية والفاء، أي كان مما لا يعبأ به **(لا خطب له)** بالخاء المعجمة والطاء المهملة آخره موحدة في جميع النسخ الهندية والمصرية إلا الزرقاني، ففيها آخره راء، والمعنى واحد، أي لا شأن له، تفسير لقوله: تافهاً **(فهو للعامل)** لأنه ليس بذي بالٍ. **(ولم أسمع أحداً)** من أهل العلم **(أفتى بردّ)** نحو **(ذلك)** الذي لا يُعْبأ به؛ لأن أرباب الأموال لا يلتفتون إلى نحو ذلك.

(وإنما يُرَدُّ) ببناء المجهول **(من ذلك الشيء الذي له ثمن)** عند الناس **(وإن كان شيئاً له اسم)** يذكر عند الناس **(مثل الدابة)** الفرس والحمار **(أو الجمل)** أو غيرهما من الدواب **(أو الشاذكونة)** بشين وذال معجمتين مفتوحتين، وضم الكاف، ثياب غلاظ مضربة باليمن **(أو أشباه ذلك مما له ثمن)** وبَالٌ عند التجار **(فإني أرى أن يَرُدَّ)** العامل **(ما بقي عنده من هذه)** الأشياء **(إلا أن يتحَلَّلَ صاحبُه من ذلك)** أي يطلب عن رب المال أن يجعل العامل في حِلٍّ منه، ويعفو عنه.

....

قال الباجي[1]: وهذا كما قال: إن العامل إذا رَدَّ المال، وكان قد سافر سفراً اكتسى فيه، وتجهَّزَ من مال القراض، فإن ما بقي من جهازه وكسوته مما لا قيمة له للعامل، قال ابن القاسم في «العتبية»: كخلق الجُبَّة والقِرْبة، قال محمد: وكذلك الغرارة والإداوة، قال سحنون: وما كان من الثياب تافهاً خلقاً تركت له، وإن كان للثياب بال بيعت، ورُدّ ثمنها في المال، ومعنى ذلك أن مثل هذه المعاني تترك لمن كان له الانتفاع، ألا ترى أن العامل لو عمل في المال عملاً يسيراً، لا يلزمه من نقل متاع أو عمل خفيف لم يكن له فيه عوض.

ومعنى قوله: إلا أن يتحَلَّل أن يعلمه ما بقي عنده، ويعلمه بصفته وقدره، فإن جعله رب المال في حل منه ساغ له ذلك، وإلا ردّ إليه منه حقه، انتهى.

قال الزرقاني[2]: ووافق مالكاً في ذلك الليث، وقال أبو حنيفة والشافعي: يَرُدُّ قليلَ ذلك وكثيرَه، واحتجّ له بعضُهم بقوله ﷺ: «يا عائشة إياكِ ومُحَقَّراتِ الذنوب، فإن لها من الله طالباً»، ولا حجة فيه كما لا يخفى، انتهى.

قال السرخسي[3]: فإذا رجع يعني عن السفر، وقد بقي معه ثياب أو طعام أو غيره ردّه في مال المضاربة؛ لأن استحقاقه قد انتهى برجوعه إلى مصره، فعليه رَدُّ ما بَقِيَ كالحاج عن الغير إذا بقي معه شيءٌ من النفقة بعد رجوعه، انتهى.

(كمل كتاب القراض وبتمامه كمل الجزء الثالث من الموطأ من تجزية أربعة أجزاء) هكذا في النسخ الهندية، وليس هذا في النسخ المصرية، والظاهر أنه كتبه بعض من اعتنى بالكتاب من علماء الهند على طريق الحاشية لزيادة الإفادة، وقد وقع الفراغ من تسويد هذا الشرح إلى «كتاب القراض» بعون الله وحمده في الساعة التاسعة من تاسع رجب سنة ١٣٦٥هـ يوم الاثنين، فللّه الحمد والمنة.

(١) «المنتقى» (٥/ ١٨١).
(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٦٣).
(٣) «المبسوط» (٢٢/ ٦٣).

بسم الله الرحمٰن الرحيم

٣٥ ـ كتاب المساقاة

(١) باب ما جاء في المساقاة

---

(٣٥) كتاب المساقاة

هكذا في جميع النسخ الهندية والمصرية بذكر هذا الكتاب، بعد القراض، إلا في نسخة «المنتقى» ففيها ذكر بعد القراض كتاب الأقضية، وذكر المساقاة بعد البيوع قبل القراض، وقد ذكر في «مختصر خليل» أيضاً المساقاة بعد القراض. قال الدردير: ومناسبتها للقراض ظاهرة.

بسم الله الرحمن الرحيم

هكذا في النسخ الهندية وأكثر المصرية بتأخير التسمية عن الكتاب، وفي بعض المصرية بتقديمها على الكتاب وكل موجَّهٌ.

(١) ما جاء في المساقاة

وفيه أبحاث:

الأول: في لغتها وهي مفاعلة من السقي بفتح السين وسكون القاف، وهي أن يعامل غيره على نخل أو شجر أو غيرهما ليتعهده بالسقي والتربية على أن الثمرة لهما، واشتقّ لها اسمٌ من السقي مع أنها اشتملت على غيره، كالتلقيح والتعريش والحفظ وغيرها؛ لأن السقي معظم عملها، وأصل منفعتها، وأكثرها مؤنة لا سيما في الحجاز، فإنهم يسقون من الآبار.

ثم وُسِّع في الإطلاق، فأجازوا مساقاة البعل، وهو الكبوس الذي ينبت بماء السماء، ولا سقي فيه لما فيه من المؤن الأخر، تقوم مقام السقي. والمفاعلة فيه إما للواحد كقولهم: عافاك الله، أو لوحظ العقد، وهو منهما.

....

قال ابن عابدين(١) في المزارعة: ذكر في «البدائع» أن المفاعلة على بابها، لأن الزرع هو الإنبات لغةً وشرعاً، والمتصوّر من العبد التسبب في حصوله، وقد وجد من أحدهما بالعمل، ومن الآخر بالتمكين منه، إلا أنه اختص العامل بهذا الاسم في العرف كاسم الدابة لذوات الأربع، ويقال: المفاعلة قد تستعمل فيما لا يوجد إلا من واحد كالمداواة والمعالجة، اهـ.

الثاني: في تعريفها عند الفقهاء المالكية والحنفية، قال الدردير(٢): هي عقد على خدمة شجر وما ألحق به بجزء من غلته أو بجميعها بصيغة. قال الدسوقي: ما ألحق به أي كالزرع والمقثأة، وقال الأبي: رسمها الشيخ بأنها العقد على القيام بمؤنة النبات بقدرٍ من غلته، لا بلفظ الإجارة والجعالة، وقال: بقدر، ولم يقل بجزء لتدخل المساقاة على أن للعامل كل الثمرة، اهـ.

وفي «الدر المختار»(٣): وهي شرعاً معاقدة دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره. قال ابن عابدين: قوله: دفع الشجر أي كل نبات بالفعل أو بالقوة يبقى في الأرض سنة أو أكثر فيشمل أصول الرطبة والفُوَّه وبصل الزعفران، اهـ.

والثالث: في حكمها، فجمهور العلماء من السلف والخلف على إباحته حتى حكى غير واحد من نقلة المذاهب الإجماع على ذلك، ولا شك أن الإجماع مُتعَقَّبٌ.

قال الموفق(٤): الأصل في جوازها السنَّة والإجماع، أما السنَّة، فما

---

(١) «الدر المختار» (٦/ ٥٨٢) وانظر: «البدائع» (٥/ ٢٥٤).

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ٥٣٩).

(٣) (٦/ ٥٩٥).

(٤) «المغني» (٧/ ٥٢٧).

....

روى ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ قال: «عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر» الحديث متفق عليه[١].

وأما الإجماع، فقال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين ـ رضي الله عنه ـ وعن آبائه: «عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر»، ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي، ثم أهْلُوهم إلى اليوم يعطون الثلثَ والربعَ. وهذا عَمِل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم، واشتهر ذلك، فلم ينكره منكر فكان إجماعاً. فإن قيل: لا نُسلم أنه لم ينكره منكر، فإن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ راوي حديثِ معاملةِ أهل خيبر قد رجع عنه، وقال: كنا نخابرُ أربعين سنةً حتى حدَّثنا رافع بن خديج «أنَّ رسولَ الله ﷺ نهى عن المخابرة»[٢].

وهذا يمنع انعقادَ الإجماع. ويدلُّ على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه عن العمل به إلى حديث رافع. قلنا: لا يجوز حملُ حديث رافع على ما يخالف الإجماعَ، ولا حديث ابن عمر؛ لأنه ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عَمِل به الخلفاءُ بعده، ولو صح حديث رافع لوجب حمله على ما يوافق السُّنَّة والإجماع، إلى آخر ما بَسَطه.

وفي «المحلى»: قال عياض: لم أر أحداً من أهل العلم منع عن المساقاة غير أبي حنيفة.

وفي «المغني»: قال أبو حنيفة وزفر: لا تجوز، وقال ابن رشد[٣]: وأما جوازها، فعليه جمهور العلماء مالك، والشافعي، والثوري، وأبو يوسف،

(١) «صحيح البخاري» (٢٣٢٨)، و«صحيح مسلم» (١٥٥١)، وأخرجه أبو داود (٣٤٠٨)، والترمذي (١٣٨٣)، وابن ماجه (٢٤٦٧).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١١٨١).

(٣) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٤٤).

....

ومحمد صاحبا أبي حنيفة، وأحمد، وداود، وهي عندهم مستثناة بالسنَّة من بيع ما لم يخلق، ومن الإجارة المجهولة، وقال أبو حنيفة: لا تجوز المساقاة أصلاً. وعمدة الجمهور في إجازتها حديث ابن عمر الثابت في معاملة أهل خيبر.

وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله، فعمدتهم مخالفة هذا الأثر للأصول مع أنه حكم مع اليهود، واليهود يحتمل أنهم أقرّهم على أنهم عبيد، ويحتمل أن يكون أقرَّهم على أنهم ذمة، إلا أنا إذا أنزلنا أنهم ذمة كان مخالفاً للأصول؛ لأنه بيع ما لم يخلق، وأيضاً فإنه من المزابنة، وهو بيع التمر بالتمر متفاضلاً؛ لأن القسمة بالخرص بيع بالخرص.

واستدلوا على مخالفته للأصول بما روي في حديث عبد الله بن رواحة أنه كان يقول لهم عند الخرص: «إن شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين، وإن شئتم فلي وأضمن نصيبكم». وهذا حرام بالإجماع، وربما قالوا: إن النهي الوارد عن المخابرة هو ما كان من هذا الفعل بخيبر، والجمهور يرون أن المخابرة هي كراء الأرض ببعض ما يخرج منها، قالوا: ومما يدل على نسخ هذا الحديث أو أنه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها، اهـ.

وفي «الهداية»[١] في باب المزارعة: وله ما روي أنه ﷺ «نهى عن المخابرة» وهي المزارعة، ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله، فيكون في معنى قفيز الطحان، ولأن الأجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد، ومعاملة النبي ﷺ أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المَنِّ والصلح، وهو جائز، اهـ.

قال السرخسي[٢]: وتأويله عند أبي حنيفة من وجهين:

---

(١) (٢/ ٣٣٧).

(٢) «المبسوط» (٢٣/ ٢).

....

أحدهما: أنه ﷺ حين افتتح خيبر استرقَّهم، وتملَّك أراضيهم ونخيلَهم، ثم جعلها في أيديهم يعملون فيها للمسلمين بمنزلة العبيد في نخيل مواليهم، وكان في ذلك منفعة للمسلمين ليتفرغوا للجهاد بأنفسهم، ولأنهم كانوا أبْصَرَ بذلك العمل، وما جعل لهم من الشرط بطريق النفقة لهم، فإنهم مماليكُ للمسلمين يعملون لهم، فيستوجِبون النفقة، فجعل النفقة فيما يحصل بعملهم، ليكونَ ذلك ضريبة عليهم بمنزلة المولَى يُشارط عبده الضريبة إذا كان مكتسباً، وقد نُقِل بعض هذا عن الحسين بن علي ـ رضي الله عنهما ـ.

والثاني: أنه منَّ عليهم برقابهم وأراضيهم ونخيلهم وجعل شطرَ الخارج عليهم بمنزلة خراج المقاسمة، وللإمام رأي في الأرض الممنُون بها على أهلها إن شاء جعل عليهم خراج الوظيفة، وإن شاء جعل خراج المقاسمة، وهذا أصح التأويلين، فإنه لم ينقل عن أحد من الولاة أنه تصرف في رقابهم أو رقاب أولادهم كالتصرف في المماليك، وكذلك عمر ـ رضي الله عنه ـ أجلاهم ولو كانوا عبيداً لما أجلاهم، اهـ.

الرابع: ما قال الدسوقي[(١)]: إن المساقاة مستثناة للضرورة من أمور خمسة ممنوعة: **الأول**: بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، **الثاني**: بيع الطعام بالطعام نسيئة إذا كان العامل يغرم طعام الدواب والأجراء؛ لأنه يأخذ عن ذلك الطعام طعاماً بعد مدة. **الثالث**: الغرر للجهل بما يخرج على تقدير سلامة الثمرة. **الرابع**: الدَّيْنُ بالدَّينِ، لأن المنافع والثمار كلاهما غير مقبوض الآن. **الخامس**: المخابرة وهي كراء الأرض بما يخرج منها بالنسبة لترك البياض للعامل، اهـ.

قلت: **والسادس**: عن المزابنة على ما تقدم في كلام ابن رشد، وهو غير الوجه الثاني المذكور ههنا، **والسابع**: عن قفيز الطحان، كما تقدم في كلام صاحب «الهداية» في البحث الثالث.

---

(١) «حاشية الدسوقي» (٣/ ٥٣٩).

....

البحث الخامس: أن القائلين بجوازها اختلفوا في محل جوازها، قال ابن رشد[١]: اختلفوا في محل المساقاة، فقال داود: لا تكون إلا في النخل فقط، وقال الشافعي: في النخل والكرم فقط، وقال مالك: تجوز في كل أصل ثابت كالرمان والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة، وتكون في الأصول غير الثابتة كالمقاثىء، والبطيخ مع عجز صاحبها عنها، وكذلك الزرع، ولا تجوز في شيء من البقول عند الجميع، إلا ابن دينار، فإنه أجازها فيه إذا نبتت قبل أن تستغلّ، اهـ.

وقال الموفق[٢]: المساقاة جائزة في جميع الشجر المثمر، هذا قول الخلفاء الراشدين، وبه قال ابن المسيب، وسالم، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وأبو يوسف، ومحمد، وإسحق، وأبو ثور. وقال داود: لا يجوز إلا في النخيل؛ لأن الخبر إنما ورد فيه.

وقال الشافعي: لا يجوز إلا في النخيل والكرم، وفي سائر الشجر، له قولان: **أحدهما**: لا تجوز فيه؛ لأن الزكاة لا تجب في نمائه، فأشبه ما لا ثمرة له. ولنا، عموم قوله: «عامَلَ رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرعٍ أو ثمرٍ»، وهذا عام في كل ثمر.

فأما ما لا ثمر له من الشجر كالصفصاف والجوز ونحوهما، أو له ثمر غير مقصود كالصَّنوبر والأرز، فلا تجوز المساقاة عليه. وبه قال مالك والشافعي، ولا نعلم فيه خلافاً؛ لأنه ليس بمنصوص عليه، ولا في معنى المنصوص، ولأن المساقاة إنما تكون بجزءٍ من الثمرة، وهذا لا ثمرة له، إلا أن يكون مما يُقصد وَرَقُهُ كالتوت والورد، فالقياس يقتضي جواز المساقاة

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٤٥).

(٢) «المغني» (٧/ ٥٣١).

١٤١٤/ ١ ـ **حدّثنا** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِيَهُودِ خَيْبَرَ، يَوْمَ افْتَتَحَ خَيْبَرَ: «أُقِرُّكُمْ فِيهَا مَا أَقَرَّكُمُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ. ....

عليه، اهـ. وستأتي في الباب أقوال الإمام مالك ـ رحمه الله ـ فيما يجوز فيه المساقاة.

١٤١٤/ ١ ـ **(مالك عن ابن شهاب)** الزهري **(عن سعيد بن المسيب)** قال ابن عبد البر: أرسله جميع رواة «الموطأ» وأكثر أصحاب ابن شهاب، ووصله طائفة، منهم صالح بن أبي الأخضر، أي: وهو ضعيف، فزاد عن أبي هريرة، قاله الزرقاني[(١)].

(أن رسول الله ﷺ قال ليهود خيبر) بوزن جعفر مدينة كبيرة ذات حصون ومزارع ونخل كثير على ثمانية برد من المدينة إلى جهة الشام **(يوم افتتح خيبر)** في صفر سنة سبع عند الجمهور بعد ما حاصرها بضع عشرة ليلة، ومن قال: سنة ست بناه على أن ابتداء التاريخ من شهر الهجرة وهو ربيع الأول.

قال الباجي[(٢)]: يريد في ذلك الزمن حيث وجب تفرغ النظر للمسلمين فيها، كما يقال: قال كذا يومَ بدر، وفعل كذا يومَ أحد، وإنما جرى ذلك في الأيام المضافة إليها.

(أقركم) بضم الهمزة على زنة المتكلم من الإقرار أي أثبتكم وأترككم، زاد في النسخ المصرية بعد ذلك «فيها» أي في خيبر **(ما أقركم الله)** بفتح الهمزة زاد في أوله في النسخ الهندية لفظ «على»، أي على وفق مدة أثبت الله عليها، كذا في «المحلى»، وفيه إيماء إلى أن هذا الحكم لا يستمر.

وفي «الصحيحين»: «أقركم ما شئنا»، وكان ذلك على سؤالهم، ففي

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٦٣).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١١٨).

....

«الصحيحين»(١) عن ابن عمر «كان ﷺ لما ظهر على خيبر أراد إخراج اليهود منها، فسألته أن يُقِرَّهم بها. على أن يكفوه العمل ولهم نصف الثمر فقال ﷺ: أقركم»، الحديث.

استدل الموفق بذلك الحديث على أن المساقاة من العقود الجائزة، وجمهور الفقهاء على أنها من العقود اللازمة، كما سيأتي في قول مالك الآتي قريباً أنها تساقى السنين الثلاث والأربع.

وقال الأُبِّي(٢): احتج بالحديث داود على جواز المساقاة إلى أجل مجهول، ومالك والشافعي والأكثر يمنعونها إلا إلى أجل معين، والحديث محمول عندهم على أن المراد إقرارهم بخيبر؛ لأنه قد كان عازماً على إخراجهم من جزيرة العرب، كما أمر به في آخر عمره الشريف في مرضه؛ لأنه حين عزم على إخراجهم سألوه أن يبقيهم على أن يكفوه العمل، ويكون لهم النصف، فأجابهم بقوله هذا حين رأى المصلحة في ذلك، فكلامه هذا خرج مخرج الجواب لهم لا أنه راجع إلى عقد المساقاة معهم، وقيل: جاز ذلك في أول الإسلام، وقيل: كان خاصاً به ﷺ ينتظر فيهم الوحي، وقيل: كان الفتح عنوةً وكانوا عبيداً له ﷺ، كما قال ابن شهاب، ويجوز بين العبد وسيده ما لا يجوز بين الأجانب، إذ للسيد أخذ ما بيده عند الجميع، قاله ابن عبد البر.

وقيل: ليس المقصود بهذا الكلام عقد المساقاة وإنما المقصود أنها ليست بمؤبدة، ويحتمل أنه حد الأجل، فلم يسمعه الراوي فلم ينقله، اهـ بزيادة من الزرقاني(٣).

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣٣٨) في الحرث، ومسلم في المساقاة (٣/ ١١٨٣).

(٢) «إكمال إكمال المعلم» (٤/ ٢٢٨).

(٣) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٦٥).

....

قلت: ولكن استدل به الباجي على جواز المساقاة المطلقة عند مالك خلافاً للشافعي، كما سيأتي في آخر الباب تحت أثر عبد الرحمن بن عوف، فارجع إليه.

وقال الباجي[١]: أقرّكم على ما أقرّكم الله، يقتضي أن ذلك كان عند المساقاة، ولعله كان بعد وصف العمل والاتفاق منه على معلوم بعبارة أو غيرها، وهذا اللفظ لا يتناول العقد على مدة يلزم العقد في جميعها، وإنما يلزم في مقدار منها، فأما المساقاة؛ فإنها تلزم في عام واحدٍ؛ لأنه لا يمكن أن تتبعض، وكذلك كلما شرع العامل في عام لزم العقد في ذلك العام، وكذلك المتساقيان بالخيار فيما بعده لكل منهما ترك ذلك ما لم يشرع العامل في عمل سنته، فتلزمه تلك السنة، وقال عبد الملك: يلزم أجرة جزء على حساب الأجرة من شهر وسنة، اهـ.

وقال الأُبِّي[٢]: إذا كان لا بد لها من تعيين الأجل، فأقل أجلها إلى الجذاذ من عام العقد، فإن كانت تطعم بطنين، فإلى الجذاذ الأول إلا أن يشترط أنها إلى الثاني، وإن أطلقا العقد وسكتا عن التعيين في العقد فهي إلى الجذاذ، ويجوز توقيتها بالسنين قَلَّتْ أو كَثُرتْ ما لم تكثر السنين جداً، اهـ.

وفي «الهداية»[٣]: قال أبو حنيفة: المساقاة باطلة، وقالا: جائزة إذا ذكر مدة معلومة، وإذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج؛ لأن الثمر لإدراكها وقت معلوم، وقلّما يتفاوت فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع؛ لأن ابتداءه يختلف كثيراً خريفاً وصيفاً وربيعاً، والانتهاء بناءً عليه فتدخله الجهالة،

(١) «المنتقى» (٥/ ١١٨).
(٢) «إكمال إكمال المعلم» (٤/ ٢٢٨).
(٣) (٢/ ٣٤٣).

عَلَى أَنَّ الثَّمَرَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ» قَالَ: فَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَبْعَثُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ رَوَاحَةَ فَيَخْرُصُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ، ....

وبخلاف ما إذا دفع إليه غرساً قد علق، ولم يبلغ الثمر حيث لا يجوز إلا ببيان المدة؛ لأنه يتفاوت بقوة الأراضي وضعفها تفاوتاً فاحشاً، اهـ.

(على أن الثمر) بالمثلثة في النسخ المصرية، وبالمثناة الفوقية في الهندية، يعني ما يخرج منها مشترك **(بيننا وبينكم)** نصفين، كما في «الصحيحين» عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج، قال عياض: هو مفسر للإبهام في حديث «الموطأ»، فإن المساقاة لا تجوز مبهمة، والجزء فيها ما يتفقان عليه قَلَّ أو كثُر، اهـ.

وأوضح منه ما في «المحلى» عن البخاري عن ابن عمر: «لما ظهر رسول الله ﷺ على خيبر أراد إخراج اليهود عنها، فسألوه أن يقرهم على أن يعملوا على نصف ما يخرج منها، فقال: نقركم بها على ذلك ما شئنا» الحديث.

(قال) ابن المسيب: **(فكان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة)**[١] بفتح الراء أحد شعراء الإسلام ابن ثعلبة بن امرىء القيس بن عمرو الأنصاري الخزرجي أحد السابقين الأولين، شهد العقبة وبدراً والمشاهد كلها إلى المؤتة، فاستشهد بها في جمادى الأولى سنة ٨هـ، وكان ثالث الأمراء بها، وظاهر لفظ «كان» يقتضي التكرار، وقد بعث للخرص مرة واحدة؛ لأن خيبر فتحت في صفر سنة سبع، كما تقدم قريباً، وابن رواحة رضي الله عنه استشهد في جمادى الأولى سنة ثمان كما ترى.

قال الشيخ أبو إسحق في «زاهيه»: خرص عليهم عاماً واحداً، ثم قتل بمؤتة، **(فيخرص)** ابن رواحة **(بينه)** ﷺ **(وبينهم)** أي بين اليهود، وقال الباجي[٢]: أضاف الخرص إليه لتصرفه فيه، ويحتمل أن يكون ذلك فيما يخصه

---

(١) انظر ترجمته في: «أسد الغابة» (٢/ ٥٩٢) (٢٩٤٣).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١١٩).

ثُمَّ يَقُولُ: إِنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ. وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِيَ. فَكَانُوا يَأْخُذُونَهُ.

لنفقة عياله. قال السرخسي[١]: فيه دليل على أن للإمام في الأراضي التي يكون خراجها خراج المقاسمة، وفي الأراضي العشرية أن يبعث من يخرص الثمار والزروع على أهلها، إلا أن عند الشافعي هذا الخرص بمنزلة الكيل حتى إذا ادَّعوا النقصان بعد ذلك لا يقبل قولهم إلا بحجة.

وعندنا، هذا الخرص لا يكون ملزماً إياهم شيئاً؛ لأن الذي يخرص إنما يقول شيئاً بظن، والظن لا يغني من الحق شيئاً، فالقول قولهم في دعوى النقصان، وعلى من يدعي الخيانة إثباتها بالبينة، وعلى هذا الأصل جَوَّزَ الشافعي بيع العرايا بالخرص، وقال: الخرص بمنزلة الكيل، وقال علماؤنا: الخرص ليس بمعيار شرعي، فيكون هذا بيع الثمر بالتمر مجازفة.

وتأويل ما فعله ابن رواحة من وجهين: أحدهما: أن ذلك كان على سبيل النظر للمسلمين منه، حتى يتحرز اليهود من كتمان شيء فقد كانوا في عداوة المسلمين بحيث لا يمتنعون مما يقدرون عليه من الإضرار بالمسلمين، وقيل: كان ابن رواحة مخصوصاً بذلك حتى كان خرصه بمنزلة كيل غيره لا يتفاوت، قد علم ذلك ﷺ من طريق الوحي، أو كان ذلك له بدعاء رسول الله ﷺ وبكونه مبعوث رسول الله ﷺ، اهـ.

(ثم يقول) ابن رواحة لليهود: **(إن شئتم فلكم)** وتضمنون نصيب المسلمين **(وإن شئتم فلي)** وأضمن نصيبكم **(فكانوا)** بعد تخييره **(يأخذونه)** بالرضاء.

وفي أبي داود[٢] من رواية ابن عباس: بعث إليهم ابن رواحة، فحزر عليهم النخل، وهو الذي يسميه أهل المدينة الخرص، فقال: في ذه كذا وكذا، قالوا: كثرت علينا يا ابن رواحة، قال: فأنا إلى حزر النخل وأعطيكم نصف

(١) «المبسوط» (٢٣/٧).

(٢) «سنن أبي داود» (٣٤١٠).

....

الذي قلت. قالوا: هذا الحق، وبه تقوم السماء والأرض قد رضينا أن نأخذه بالذي قلت.

قلت: وفي الحديث إشكالٌ قوي في الخرص والعمل به. قال ابن عبد البر: الخرص في المساقاة لا يجوز عند جميع العلماء؛ لأن المساقيين شريكان لا يقتسمان إلا بما يجوز به بيع الثمار بعضها ببعض وإلا دخلته المزابنة، قالوا: وإنما بعث رسول الله ﷺ من يخرص على اليهود لإحصاء الزكاة؛ لأن المساكين ليسوا شركاء معينين، فلو ترك اليهود وأكلها رطباً وتصرف فيها أَضَرَّ ذلك سهم المسلمين. قالت عائشة: إنما أمر ﷺ بالخرص لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار، اهـ.

وفيه أنه إن كان ذاك لم يكن للخرص على اليهود معنى، فإن تعلق الزكاة كان من المسلمين خاصة، وأيضاً لم يكن بقوله: «إن شئتم فلكم وإن شئتم فلي» معنًى، ولذا قال ابن رشد: وهذا حرام بالإجماع، كما تقدم في البحث الثالث من الأبحاث في أول الباب، وقد قال ابن مزين: سألت عيسى عن فعل ابن رواحة إذا كان يخرص تمر خيبر الذي أقره النبي ﷺ بأيدي اليهود مساقاة، ثم يقول لهم: «إن شئتم فلكم وإن شئتم فلي»، أيجوز ذلك للمساقيين والشريكين؟ فقال: لا يعمل بذلك ولا يصلح اقتسامه إلا كيلاً إلا أن تختلف حاجتهما إليه فيقتسمانه بالخرص، وهذا الذي قاله عيسى حمله عليه أنه تأوّل الخرص للقسمة خاصة.

وإذا كان الخرص للزكاة لزم إخراجها من جميع ثمر الحائط إن كان العامل ذمياً أو عبداً؛ لأن الزكاة إنما تعتبر بحال مالك الأصل، فإن كان صاحب الأصل مسلماً حراً فالزكاة في جميعه، وإن كان صاحبه عبداً أو ذمياً فلا زكاة في شيء منه؛ لأن العامل يملك حصته من الثمرة بالقسمة، والزكاة تجب فيها قبل ذلك ببدو الصلاح.

....

ويحتمل أن يكون الخرص للقسمة؛ لأنه قد علم اختلاف حاجتهما إليه؛ لأن اليهود كانوا يريدون أن يأكلوه رطباً، والصحابة لا يمكنهم ذلك، ولا يحتاجون إليه إلا تمراً. وقد قال مالك في الشركاء في الحائط: تختلف حاجتهم في الثمرة، فبعضهم يريد البيع، وبعضهم يريد أكله رطباً، وبعضهم تمراً أن ذلك يبيح قسمته بينهم بالخرص، وإن اتفقت حاجتهم، فأراد جميعهم البيع أو أكله رطباً أو تمراً، لم يقسم بينهم بالخرص.

وقول ابن رواحة: «إن شئتم فلكم وإن شئتم فلي» حمله عيسى على أنه كان يسلم إليهم جميع الثمرة ليضمنوا حصة المسلمين من الثمرة، ولو كان هذا لم يجز؛ لأنه بيع الثمرة بالثمرة في غير العرية، وإنما يجوز مثل هذا في الزكاة أن يخرص عليهم، ثم يكون عليهم من الثمر ما أوجبه الخارص عليهم على سنة الزكاة في أموال المسلمين؛ لأن أصل الحوائط لهم، فإذا حملناه على هذا الوجه.

فمعنى قوله: «إن شئتم فلكم وإن شئتم فلي» على سبيل التحقيق لصحة خرصه، فيقول لهم: إن شئتم تأخذوا الثمرة على أن تؤدوا زكاة ما خرصته عليكم وإلا فأنا أشتريها من الفيء بمثل ما يشترى به، فيخرج هذا الخرص الذي خرصه، وذلك معروف لمعرفتهم بسعر التمر، فكانوا يأخذونه لتحققهم صحة قوله. وإن قلنا: إن المراد به خرص الثمرة لا قسمته[1] لاختلاف الحاجة.

فمعنى قوله: «إن شئتم فلكم» هذا النصف «وإن شئتم فلي»، ولكم هذا الآخر على معنى التخيير لهم في النصفين ليأخذوا أيهما شاءوا لتحقق التساوي بين ذلك وقت طيب النخل، أو بعد ذلك ما دامت في رؤوس النخل ليس

---

(١) هكذا في الأصل، والصواب على الظاهر للقسمة، اهـ. «ش».

....

بوقت قسمة ثمر المساقاة؛ لأن على العامل أخذها والقيام عليها حتى يجري الصاع أو الوزن، سبب ذلك أن الخرص قبل ذلك لم يكن للقسمة إلا بمعنى اختلاف الأغراض، اهـ[١].

قلت: وأما مسألة الزكاة فمختلف فيها عند الأئمة. قال الموفق[٢]: ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها، فلو أتلفت كلها إلا واحدة كانت بينهما، وهذا أحد قولي الشافعي، والثاني: يملكه بالمقاسمة كالقراض، ولنا، أن الشرط صحيح، فيثبت مُقتضاه كسائر الشروط الصحيحة، ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال؛ لأنه لو لم يملكها قبل القسمة لما وجبت القسمة، ولا مَلَكَها كالأصول، وأما القِراض فإنه يملك الربح فيه بالظهور.

ثم[٣] الفرق بينهما أن الربح وقاية لرأس المال، فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه، وهذا ليس بوقاية لشيء، ولذلك لو تَلِفَت الأصول كلها كانت الثمرة بينهما.

فإذا ثبت هذا، فإنه يلزم كل واحد منهما زكاة نصيبه إذا بلغت حصته نصاباً، نص عليه أحمد في المزارعة، وإن لم تبلغ النصاب، إلا بجميعها لم تجب؛ لأن الخُلْطة لا تؤثر في غير المواشي في الصحيح، وعنه أنها تؤثر فتؤثر ههنا، فيبدأ بإخراج الزكاة، ثم يقسمان ما بقي، وإن كانت حصة أحدهما تبلغ نصاباً دون الآخر، فعلى من بلغت حصته نصاباً الزكاة، دون الآخر يخرجها بعد المقاسمة.

وإن كان أحد الشريكين ممن لا زكاة عليه، كالمكاتب، والذميّ، فعلى

---

(١) انظر: «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٦٤).

(٢) «المغني» (٧/ ٥٤٩).

(٣) كذا في الأصل والصحيح كما في «الشرح الكبير» ولو سلم فالفرق إلخ، اهـ. «ش».

....

الآخر زكاة حصته إن بلغت نصاباً، وبهذا كله قال الشافعي ومالك. وقال الليث: إن كان شريكه نصرانياً أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط، ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقي، ولنا، أن النصراني لا زكاة عليه، فلا يخرج من حصته شيء، كما لو انفرد بها، اهـ.

قلت: ما حكى الموفق من موافقة الإمام مالك في ذلك ليس بصحيح يأباه ما تقدم من كلام الباجي، وأصرح منه ما قال الدسوقي[١]: اعلم أن النخل والزرع المساقى عليه إنما يزكى كل منهما على ملك رب الحائط والزرع، فإن كان ربه أهلاً للزكاة وجبت الزكاة، ولو كان العامل من غير أهلها لأنه أجيرٌ، فإن لم يكن ربه من أهلها لم تجب عليه ولا على العامل في حصته ولو كانت نصاباً وهو من أهلها لأنه أجيرٌ، اهـ.

ومذهب الحنفية في ذلك ما في «البدائع»[٢] إذ قال: لو دفعها مزارعة، فأما على مذهبهما أي أبي يوسف ومحمد، فالمزارعة جائزة، والعشر يجب في الخارج، والخارج بينهما، فيجب العشر عليهما، وأما على مذهب أبي حنيفة فالمزارعة فاسدة، ولو كان يجيزها كان يجب على مذهبه جميع العشر على رب الأرض إلا أن في حصته جميع العشر يجب في عينه، وفي حصة المزارع يكون ديناً في ذمته، اهـ. وفائدة ذلك أن ما في الذمة لا يسقط بهلاك العين، بل يبقى على ذمته، وما في العين يسقط بهلاكه.

قال السرخسي[٣]: عند أبي حنيفة عشر جميع الخارج على رب الأرض، فإن سرق الطعام بعد ما حصد أو حرق قبل أن يأخذ السلطان العشر، يبطل عن

(١) «حاشية الدسوقي» (٣/ ٥٤٤).

(٢) (٢/ ١٧٤).

(٣) «المبسوط» (٢٣/ ٩٨).

٢/١٤١٥ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سُلَيْمانَ بْنِ يَسَارٍ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَبْعَثُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ رَوَاحَةَ إِلَى خَيْبَرَ. فَيَخْرُصُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ يَهُودِ خَيْبَرَ. ....

رب الأرض نصفه، ولزمه في ماله نصفه؛ لأن حصته النصف الذي صار للمزارع من العشر صار دَيناً في ذمة رب الأرض، فلا يسقط ذلك عنه بهلاك الخارج، وفي النصف الذي هو ملك رب الأرض العشر باقٍ في عينه، فإذا هلك سقط عشر ذلك لفوات المحل.

ولو استحصد الزرع فلم يحصد حتى هلك فلا عشر على واحد منهما في القولين جميعاً؛ لأن وجوب العشر عند الحصاد. قال تعالى: ﴿وَءَاتُوا حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾[1] فالمحل فات قبل أن يأتي وقت وجوب العشر، فهو بمنزلة ما لو استُهْلِكَ النصاب قبل تمام الحول. وكذلك الجواب في معاملة النخيل والكروم، فهو مثل الجواب في المزارعة أنه إذا هلك قبل الجُذَاذ فلا عشر على رب النخيل، وإن هلك بعد الجُذَاذ فعشر نصيب العامل دين عليه في قول أبي حنيفة، فإن الجذاذ في الثمار بمنزلة الحصاد في الزرع، اهـ مختصراً.

٢/١٤١٥ ـ **(مالك عن ابن شهاب)** الزهري **(عن سليمان بن يسار)** الهلالي أحد الفقهاء السبعة، والحديث مرسل في جميع «الموطآت». وجاء عن ابن عباس، وسماع سليمان منه صحيح، قاله ابن عبد البر، وقد وصله أبو داود وابن ماجه من حديث ميمون بن مهران عن مقسم عن ابن عباس، وأبو داود من طريق إبراهيم بن طهمان عن أبي الزبير عن جابر، قاله الزرقاني[2].

(أن رسول الله ﷺ كان يبعث عبد الله بن رواحة إلى خيبر) وقد تقدم في الحديث السابق أنه ﷺ بعثه عاماً واحداً سنة سبع **(فيخرص بينه)** ﷺ **(وبين يهود خيبر)** ثمارهم لتمييز حق الزكاة من غيرها لاختلاف المصرفين، أو للقسمة

---

(١) سورة الأنعام: الآية ١٤١.

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٦٥).

قَالَ، فَجَمَعُوا لَهُ حَلْياً مِنْ حَلْيِ نِسَائِهِم. فَقَالُوا لَهُ: هٰذَا لَكَ.

لاختلاف الحاجة على اختلاف القولين في ذلك كما مرّ في الحديث السابق، واستدل به على جواز التخريص لذلك، وبه قال الأكثر، ولم يجزه الثوري بحال وقال: إنما على رب الحائط إخراج عشر ما يصير بيده.

وقال الشعبي: الخرص اليوم بدعةٌ، كان يرى نسخه بالنهي عن المزابنة، وأجازه داود في النخل خاصة، ودفع حديث ابن المسيب عن عتاب بن أسيد في خرص العنب عند أبي داود، بأنه مرسل؛ لأن عتاباً مات قبل مولد ابن المسيب، وبأنه انفرد به عبد الرحمن بن إسحق عن الزهري، وليس بالقوي، قاله ابن عبد البر.

ودعوى الإرسال بمعنى الانقطاع مبنيٌّ على قول الواقدي: إن عتاباً مات يوم مات أبو بكر ـ رضي الله عنه ـ وذكر ابن جريرالطبري أنه كان عاملاً لعمر على مكة سنة إحدى وعشرين، وقد ولد سعيد لسنتين مضتا من خلافة عمر على الأصح، فسماعه من عتاب ممكن، وعبد الرحمن بن إسحق صدوق احتجّ به مسلم وأصحاب السنن، قاله الزرقاني[١]، وتقدم البسط على الخرص في «كتاب الزكاة».

(قال) سليمان: **(فجمعوا له)** أي لابن رواحة **(حلياً)** ضبط بفتح فسكون على أنه مفردُ وبضم فكسر وشد الياء على الجمع **(من حلي نسائهم فقالوا)** أي اليهود **(هذا)** المجموع **(لك)** رشوة.

قال السرخسي: وكان شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ يقول: في هذا الحديث إشارة إلى أن أمتعة النساء، وحليهن لم تزل عرضة لحوائج الرجال، فإن اليهود لحاجتهم إلى ذلك تحكموا على نسائهم، فجمعوا من حلي نسائهم، وحكي أن رجلاً من أهل العلم كانت له امرأة ذات يسار، فسألها شيئاً من مالها لحاجته

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٦٥).

وَخَفِّفْ عَنَّا. وَتَجَاوَزْ فِي الْقَسْمِ. فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ: يَا مَعْشَرَ الْيَهُودِ! وَاللَّهِ إِنَّكُمْ لَمِنْ أَبْغَضِ خَلْقِ اللَّهِ إِلَيَّ وَمَا ذَاكَ بِحَامِلِي عَلَى أَنْ أَحِيفَ عَلَيْكُمْ. ....

إلى ذلك، فأبت، فقال: لا تكوني أكفر من نساءِ خيبر، كُنَّ يُوَاسِينَ أزواجَهُن بحُلِيِّهِنَّ وأنتِ تَأْبَيْنَ ذلك، اهـ.

(وخفف عنا وتجاوز في القَسْمِ).

قال الباجي[١]: أرادوا بذلك التخفيف من الحق الذي يجب في الخرص. ولا يجوز فعله لما فيه من الحيف على المسلمين، وأما التخفيف اليسير، فإن كان بمعنى المقاسمة، فلا يجوز فيه إلا المساواة، وإن كان بمعنى الزكاة، فقد تقدم ذكره في الزكاة، اهـ.

وقال السرخسي: وما طلبوا من التخفيف من غير ميل ولا خيانة، فقد كان ابن رواحة يفعل ذلك من غير طلبهم، وبه كان أمره ﷺ على ما روي أنه ﷺ قال للخرّاصين: «خفّفوا في الخرص، فإن في المال العريّةَ والوصيةَ»[٢]، اهـ.

(فقال عبد الله بن رواحة: يا معشر اليهود! والله إنكم لمن أبغض خلق الله إليّ) قتلتم أنبياء الله وكذبتم على الله، كما زاده في حديث جابر.

وقال الباجي: يريد لكفرهم وإظهارهم العداوة والمخالفة للنبي ﷺ وللمسلمين، وقد أنبأ الله لذلك فقال: ﴿لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ ٱلنَّاسِ عَدَٰوَةً لِّلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱلْيَهُودَ﴾[٣] الآية **(وما ذاك)** أي عداوتي إياكم **(بحاملي)** بإضافة صيغة الفاعل إلى مفعوله **(على أن أحيف)** بفتح الهمزة وكسر الحاء أي أظلم **(عليكم)** بإلزام

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٢١).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٣/ ٨٥).

(٣) سورة المائدة: الآية ٨٢.

فَأَمَّا مَا عَرَضْتُمْ مِنَ الرُّشْوَةِ فَإِنَّهَا سُحْتٌ. وَإِنَّا لَا نَأْكُلُها. فَقَالُوا: بِهٰذَا قَامَتِ السَّمٰوَاتُ وَالْأَرْضُ.

قَالَ مَالِكٌ: إِذَا سَاقَى الرَّجُلُ النَّخْلَ وَفِيهَا الْبَيَاضُ، فَمَا ازْدَرَعَ الرَّجُلُ الدَّاخِلُ فِي الْبَيَاضِ، فَهُوَ لَهُ.

الزيادة عليكم **(فأما ما عرضتم)** علي **(من الرشوة)** بتثليث الراء أي من الحلي **(فإنها)** وفي نسخة فإنما هي **(سحت)** بضم السين يريد: حرام، وقد وصف الله تعالى اليهود بأكلها فقال: ﴿سَمَّٰعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّٰلُونَ لِلسُّحْتِ﴾ **(وإنا لا نأكلها)** أي الرشوة لحرمتها بلا خلاف بين المسلمين، وقال جماعة من المفسرين في قوله تعالى: ﴿أَكَّٰلُونَ لِلسُّحْتِ﴾: إنه الرشوة في الحكم، وقيل: كل ما لا يحل كسبه.

(فقالوا) أي اليهود: **(بهذا)** العدل **(قامت السماوات)** على الرؤوس بغير عمد **(والأرض)** استقرت على الماء.

قال الباجي[١]: يحتمل أن يريدوا به الإقرار بالحق والرجوع إلى الاعتراف به، إما لتعجيل الخزي لهم في الدنيا، أو ليتخلصوا به مما ظنوا أنه يحل بهم من العقوبة، وقال ابن عبد البر: فيه دليل على أن الرشوة عند اليهود حرام لقولهم بهذا، ولولا حرمته في كتابهم ما عَيَّرهم الله تعالى بقوله: ﴿أَكَّٰلُونَ لِلسُّحْتِ﴾ وهو حرام عند جميع أهل الكتاب، وفيه أن ما يأخذه الحاكم أو الشاهد على الحكم بالحق أو الشهادة به رشوة، وكل رشوة سُحْتٌ، وكل سحت حرام، لا يحل للمسلم أكله بلا خلاف بين المسلمين، اهـ.

(قال مالك: إذا ساقى الرجلُ النخل) مثلاً **(وفيها البياض)** أي أرض بيضاء لا نبات فيها **(فما ازدرع)** الدال فيه بدل من تاء الافتعال أي ما ازترع **(الرجل الداخل)** في الأرض وهو عامل المساقاة **(في البياض)** أي في أرض بيضاء **(فهو له)** أي للعامل. واستدل لذلك الباجي بقصة خيبر كما سيأتي في

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٢١).

قَالَ: وَإِنِ اشْتَرَطَ صَاحِبُ الْأَرْضِ أَنَّهُ يَزْرَعُ فِي الْبَيَاضِ لِنَفْسِهِ، فَذٰلِكَ لاَ يَصْلُحُ. لِأَنَّ الرَّجُلَ الدَّاخِلَ فِي الْمَالِ، يَسْقِي لِرَبِّ الْأَرْضِ. فَذٰلِكَ زِيَادَةٌ ازْدَادَهَا عَلَيْهِ.

قَالَ: وَإِنِ اشْتَرَطَ الزَّرْعَ بَيْنَهُمَا، فَلَا بَأْسَ بِذٰلِكَ. إِذَا كَانَتِ الْمُؤُونَةُ كُلهَا عَلَى الدَّاخِلِ فِي الْمَالِ. الْبَذْرُ وَالسَّقْيُ وَالْعِلَاجُ كُلُّهُ. فَإِنِ اشْتَرَطَ الدَّاخِلُ فِي الْمَالِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ أَنَّ الْبَذْرَ عَلَيْكَ. كَانَ ذٰلِكَ غَيْرَ جَائِزٍ. لِأَنَّهُ قَدِ اشْتَرَطَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ زِيَادَةً ازْدَادَهَا عَلَيْهِ. وَإِنَّمَا تَكُونُ الْمُسَاقَاةُ عَلَى أَنَّ عَلَى الدَّاخِلِ فِي الْمَالِ الْمؤُونَةَ كُلَّهَا وَالنَّفَقَةَ. وَلَا تَكُونُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ مِنْهَا شَيْءٌ. فَهٰذَا وَجْهُ الْمُسَاقَاةِ الْمَعْرُوفُ.

كلامه (**وإن اشترط صاحب الأرض أنه يزرع**) هو (**لنفسه**) خاصة (**في البياض فذلك**) الشرط (**لا يصلح**) ولا يجوز (**لأن الرجل الداخل في المال**) أي الأرض والأشجار (**يسقي**) حينئذٍ (**لرب الأرض**) زرعه أيضاً (**فذلك زيادة ازدادها**) رب الأرض (**عليه**) أي على العامل، وهي لا تجوز.

قال: (**فإن اشترط**) رب الأرض أن (**الزرع**) تكون مشتركة (**بينهما**) أي بين رب الأرض والعامل (**فلا بأس بذلك إذا كانت المؤونة كلها على الداخل في المال**) أي على العامل (**البذر**) بالرفع بَدَلٌ عن المؤونة (**والسقي والعلاج**) عطف على البذر (**كله**) تأكيد للمؤونة، وهذا كله بيان للمؤونة.

(**فإن اشترط الداخل في المال**) وهو العامل (**على رب السلعة أن البذر**) يكون (**عليك فإن ذلك غير جائز**) أيضاً (**لأنه**) أي العامل (**قد اشترط**) هاهنا (**على رب المال**) أي رب الأرض (**زيادة ازدادها**)العامل (**عليه وإنما تكون المساقاة**) جائزة (**على أن على**) الرجل (**الداخل في المال**) بزيادة على الثاني على لفظ **الداخل**، وقد سقط من أكثر النسخ، وهو خبر مقدم لـ «أنّ»، واسمه المؤخر (**المؤونةَ كلها والنفقة**) عطف تفسير للمؤونة (**ولا يكون على رب المال منها**) أي من النفقة (**شيء**) اسم لا يكون.

(**فهذا**) هو (**وجه المساقاة**) وطريقها (**المعروف**) بين أهل العلم الجائز عند

....

العلماء، قال الباجي[1]: وهذا على ما قال: وذلك أنه لا يخلو أن يسكت عن البياض في عقد المساقاة أو يشترط أحد المتعاقدين، فإن سكت عنه فقد قال ابن الجلّاب في تفريعه: هو لصاحبه يفعل فيه ما يشاء من زراعة وإجارة أو ترك.

وقال محمد وابن حبيب: إن تشاحا عند الزراعة، فذلك للعامل، وجه القول الأول وهو مقتضى رواية ابن نافع عن مالك الحديث المتقدم «أُقرّكم ما أقرّكم الله، على أنَّ الثمرة بيننا وبينكم»، فوجه الدليل منه أنه اشترط لنفسه وللمسلمين نصف الثمرة، وذلك وقت الاشتراط، واستيفاء الحقوق، وتبيينها، فظاهر ذلك أن جميع ما يكون له.

ووجه آخر، وهو أن الأرض بين العاملين، وإنما يكون للنبي ﷺ وللمسلمين ما تناوله اشتراطه، وهو نصف الثمرة دون سائر ما بأيديهم، ولذلك انفردوا بمساكنها ومسارحها وغير ذلك، وما روي عن النبي ﷺ أنه أعطى خيبر ليهود على أن يعملوها، ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها على ما يعمل فيها من الأشجار، ويحتمل أن يكون في عقدين، أو على مكانين وزمانين.

ويحتمل أن يعود الضمير فيما يخرج منها على ما يعمل فيها من الأشجار، فيكون بمعنى ما قد ساقه في الحديث الأول، وإن كان سكت حتى زرعه العامل لنفسه، فقال محمد وابن حبيب: ما زرع العامل فهو له، وفي «كتاب ابن سحنون» عن مالك عليه كراء الأرض لصاحب الحائط. وجه القول الأول ما قدمناه من أن لفظ المساقاة يختص بالثمار، وما كان من الأرض على وجه التبع، فهو للعامل كالمراح والمسكن.

وجه القول الثاني أنه مقصود بالحرث والعمل، فوجب أن لا يختص

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٢١).

....

بالعامل، فإن شرطا أن يكون بينهما على أن البذر والعمل من عند العامل، فقد قال مالك في «المدونة»، وغيرها: ذلك جائز، قال ابن القاسم: وجه ذلك أن السُّنَةَ جاءت في خيبر أنه ﷺ عاملهم في البياض والسواد على النصف، فإن شرطا أن يكون بينهما والبذر من عندهما، ففي «المدونة»: لا يجوز ذلك، وكذلك إن كان البذر كله من عند صاحب الأرض، اهـ.

قال ابن رشد[١]: اختلفوا إذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الثمار، هل يجوز أن تساقى الأرض مع النخل بجزء من النخل، أو بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الأرض؟ فذهب إلى جواز ذلك طائفة. وبه قال صاحبا أبي حنيفة والليث وأحمد والثوري وابن أبي ليلى وجماعة، وقال الشافعي وأهل الظاهر: لا تجوز المساقاة إلا في الثمر فقط. وأما مالك فقال: إذا كانت الأرض تبعاً للثمر، وكان الثمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها في المساقاة، اشترط جزءاً خارجاً منها أو لم يشترطه. وحَدُّ ذلك الثلث فما دونه. أعني أن يكون مقدار كراء الأرض الثلث من الثمر فما دونه، ولم يجز أن يشترط رب الأرض أن يزرع البياض لنفسه؛ لأنها زيادة ازدادها عليه.

وقال الشافعي: ذلك جائز، وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعاً حديث ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ «أنه ﷺ ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة»، وحجة من لم يجز ذلك ما روي من النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها في حديث رافع، وقال أحمد بن حنبل: أحاديث رافع مضطربة الألفاظ، وحديث ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أصح، وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف، وهو استحسان، اهـ.

وقال الموفق[٢]: إذا كان في الأرض شجرٌ، وبينه بياضُ أرضٍ، فساقاه

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٤٦).

(٢) «المغني» (٧/ ٥٧١).

قَالَ مَالِكٌ، فِي الْعَيْنِ تَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ. فَيَنْقَطِعُ مَاؤُهَا. فَيُرِيدُ أَحَدُهُمَا أَنْ يَعْمَلَ فِي الْعَيْنِ. وَيَقُولُ الآخَرُ: لَا أَجِدُ مَا أَعْمَلُ بِهِ: إِنَّهُ يُقَالُ لِلَّذِي يُرِيدُ أَنْ يَعْمَلَ فِي الْعَيْنِ: اعْمَلْ وَأَنْفِقْ. ....

على الشجر، وزارعه الأرض التي بين الشجر جاز، سواء قلّ بياض الأرض أو كثر، نص عليه أحمد، وقال: قد دفع النبي ﷺ خيبر على هذا، وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة، وقال أصحاب الشافعي: لا يصح لأن المساقاة لا تتناول الأرض، وتصح في النخل وحده.

ثم قال الموفق: وظاهر المذهب أن المزارعة إنما تصح إذاكان البذر من رب الأرض والعمل من العامل، نص عليه أحمد في رواية جماعة، واختاره عامة الأصحاب، وهو مذهب ابن سيرين والشافعي وإسحق؛ لأنه عقد يشترك العامل ورب المال في نمائه، فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة، وقد روي عن أحمد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل، فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز. وروي نحو ذلك عن عمر بن الخطاب، وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث، وهو الصحيح إن شاء الله.

وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر ـ رضي الله عنهم ـ أن البذر من العامل، ولعلهم أرادوا أنه يجوز أن يكون منه، فيكون كقول عمر ـ رضي الله عنه ـ ولا يكون قولاً ثالثاً، والأصل المعول عليه في المزارعة قصة خيبر، ولم يذكر النبي ﷺ أن البذر على المسلمين، ولو كان شرطاً لما أخلّ بذكره، ولأن عمر ـ رضي الله عنه ـ فعل الأمرين، فإن البخاري روى عنه أنه عامل الناس على أنه إن جاء عمر ـ رضي الله عنه ـ بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا، وظاهر هذا أن ذلك اشتهر فلم ينكر فكان إجماعاً، اهـ.

(قال مالك، في العين تكون) مشتركة **(بين الرجلين)** مثلاً **(فينقطع ماؤها)** ويحتاج إلى إصلاحها ليجري الماء **(فيريد أحدهما)** أي أحد الشريكين **(أن يعمل في العين)** ويصلحها، **(ويقول الآخر: لا أجد ما أعمل به)** فقال مالك: **(إنه يقال للذي يريد أن يعمل في العين)** ويصلحها **(اعمل)** أنت **(وأنفق)** في

وَيَكُونُ لَكَ الْمَاءُ كُلُّهُ. تَسْقِي بِهِ حَتَّى يَأْتِيَ صَاحِبُكَ بِنِصْفِ مَا أَنْفَقْتَ. فَإِذَا جَاءَ بِنِصْفِ مَا أَنْفَقْتَ أَخَذَ حِصَّتَهُ مِنَ الْمَاءِ. وَإِنَّمَا أُعْطِيَ الْأَوَّلُ الْمَاءَ كُلَّهُ. لِأَنَّهُ أَنْفَقَ. وَلَوْ لَمْ يُدْرِكْ شَيْئاً بِعَمَلِهِ، لَمْ يَعْلَقِ الآخَرَ مِنَ النَّفَقَةِ شَيْءٌ.

الإصلاح (**ويكون لك الماء كله تسقي به**) أرضك (**حتى يأتي صاحبك بنصف ما أنفقت**) أي يؤدي إليك الآخر نصف النفقة، (**فإذا جاء**) شريكك (**بنصف ما أنفقت أخذ**) هو أيضاً (**حصته من الماء**).

(**قال**) مالك: (**وإنما أعطي الأول**) الذي أنفق في إصلاح العين (**الماء كله لأنه أنفق**) في الإصلاح، وأخرج الماء بسعيه (**ولو لم يدرك**) الأول (**شيئاً**) من الماء (**بعمله**) ولم يخرج الماء بصنعه (**لم يعلق**) بفتح اللام أي لم يلزم الشريك (**الآخر من النفقة شيء**)، لأن إنفاقه لم يفد في الماء شيئاً.

قال الباجي[1]: روى سحنون في تفسير قول مالك في الماء يكون بين الرجلين فيغور أن كل أرض مشتركة لم يقسما أصلها من نخل أو أصول أو أرض فيها زرع زرعوه جميعاً، فانهدمت البئر، فإنه يقال لصاحبه: اعمل مع صاحبك أو بع حصتك من الأصل والماء أو قاسمه الأصل، فخذ حصتك ويأخذ حصته، فمن أحب أن يعمل عمل، ومن أحب أن يترك ترك، ومن عمل منهما كان له الماء كله، حتى يأتيه شريكه بما يصيبه من النفقة، فيرجع على حقه من الماء، وإن كان بينهما زرع أو شجر مثمر في أرض لهما. فإن الآبي يجبر على عمل حصته أو يبيعها من يعمل معه.

أما إذا كانت حصة كل منهما منفردة والماء واحد، فمن أبى العمل منهما، فذلك له، ويقال للآخر: اعمل ولك الماء كله، حتى يأتي شريكه بحصته من النفقة، وإنما ذلك بمنزلة الدار تنهدم، فيأبى أحد الشريكين أن يبني

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٢٣).

....

فيقال له: ابنِ مع شريكك أو قاسمه، قاله سحنون. وابن نافع والمخزومي يقولان: إنما ذلك في بئر ليس عليها ما يجنى لا زرع ولا نخل ولا غيره، فأما ما كان بئراً أو عيناً عليهما ما يجنى، فإن أبى العمل يجبر على أن يعمل مع شريكه أو يبيع ممن يعمل معه، كالسفل لرجل، والعلو لآخر، فينهدم ذلك، فإن صاحب السفل يجبر على أن يعمل معه، فإن أبى بيع عليه، اهـ.

قال الموفق[1]: إذا كان بينهما حائط مشترك، فانهدم، فطلب أحدهما إعادته، وأبى الآخرُ، هل يُجْبَرُ الممتنعُ على إعادته؟ فيه روايتان؛ إحداهما، يجبر، قال القاضي: هي أصح، وقال ابنُ عقيل: عليه أصحابنا، وبه قال مالك في إحدى روايتيه، والشافعي في قديم قوليه؛ لأن في ترك بنائه إضراراً، فيجبر عليه كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما.

والرواية الثانية: لا يجبر، نقل عن أحمد ما يدل على ذلك وهو أقوى دليلاً، ومذهب أبي حنيفة؛ لأنه ملك لا حرمة له في نفسه، فلم يجبر مالكه على الإنفاق عليه كما لو انفرد به، وفارق القسمة، فإنها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه، والبناء فيه مضرة لما فيه من الغرامة وإنفاق ماله.

فإن كان بينهما نهرٌ أو قناةٌ أو عينٌ، فاحتاج إلى عمارة، ففي إجبار الممتنع منهما روايتان، وحُكي عن أبي حنيفة أنه يجبر ههنا على الإنفاق، لأنه لا يتمكن شريكه من مقاسمته، فيضُرُّ به بخلاف الحائط، فإنه يمكنهما قسمةُ العرصة، والأولى التسوية؛ لأن في قسمة العرصة إضراراً بهما، والإنفاق أرفق بهما فكانا سواء، والحكم في الدولاب والناعورة كالحكم في الحائط، وأما البئر والنهر، فلكل واحدٍ منهما الإنفاق عليه، وإذا أنفق لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء؛ لأن الماء ينبع من ملكيهما، وإنما أثر أحدهما في نقل الطين منه، وليس له فيه عينُ مال، اهـ.

---

(١) «المغني» (٧/ ٤٥).

قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا كَانَتِ النَّفَقَةُ كُلُّهَا وَالْمَؤُونَةُ عَلَى رَبِّ الْحَائِطِ. وَلَمْ يَكُنْ عَلَى الدَّاخِلِ فِي الْمَالِ شَيْءٌ. إِلَّا أَنَّهُ يَعْمَلُ بِيَدِهِ. إِنَّمَا هُوَ أَجِيرٌ بِبَعْضِ الثَّمَرِ. فَإِنَّ ذٰلِكَ لَا يَصْلُحُ. لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي كَمْ إِجَارَتُهُ إِذَا لَمْ يُسَمِّ لَهُ شَيْئاً يَعْرِفُهُ وَيَعْمَلُ عَلَيْهِ. لَا يَدْرِي أَيَقِلُّ ذٰلِكَ أَمْ يَكْثُرُ؟.

وفي «الدر المختار»[1]: كري النهر المملوك أي حفره على أهله، ويجبر من أبى منهم على ذلك، وقيل: في الخاص لا يجبر، وهل يرجعون على الآبي؟ إن بأمر القاضي، نعم، قال ابن عابدين: قوله: في الخاص لا يجبر، قال في القهستاني: لو امتنع الكل لا يجبرون إلا عند بعض المتأخرين، ولو امتنع البعض أجبر على الصحيح كما في «الخزانة»، وقوله: إن بأمر القاضي، أي أمر الباقين بكري نصيب الآبي على أن يستوفوا مؤنة الكري من نصيبه من الشرب مقدار ما يبلغ قيمة ما أنفقوا عليه، «ذخيرة».

وفيها: وإن لم يرفعوا الأمر إلى القاضي، هل يرجعون على الآبي بقسط من النفقة، ويمنع الآبي من شربه حتى يؤدي ما عليه؟ قيل: نعم، وقيل: لا، وذكر في «عيون المسائل» أن الأول قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف، اهـ.

(قال مالك: وإذا كانت النفقة كلها والمؤونة) كلها عطف تفسير للنفقة **(على رب الحائط)** وأكده بقوله: **(ولم يكن على الداخل في المال)** أي العامل **(شيء)** من النفقة **(إلا أنه)** أي العامل **(يعمل بيده)** يعني يكون منه مجرد العمل **(إنما هو)** أي العامل حينئذٍ **(أجير)** محض يعمل **(ببعض الثمر)** الحاصل **(فإن ذلك العقد لا يصلح)** ولا يجوز لأنه لم يبق مساقاة، بل صار إجارة فاسدة لجهالة الأجرة **(لأنه لا يدري كم إجارته إذا لم يسم)** ببناء الفاعل والضمير لرب الحائط **(له)** أي للعامل **(شيئاً)** معيناً في الأجرة **(يعرفه، ويعمل عليه)** أي على ذلك القدر، وذلك لأنه إذا استؤجر على الثمرة صارت الأجرة مجهولة لأنه **(لا يدري أيقل ذلك)** الذي يحصل من الثمر **(أم يكثر)** فصار الحاصل مجهولاً، وجهالة الأجرة في الإجارة تفسدها.

---

(١) (٦/ ٧٦٥).

قَالَ مَالِكٌ: وَكُلُّ مُقَارِضٍ أَوْ مُسَاقٍ فَلَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَسْتَثْنِيَ مِنَ الْمَالِ وَلَا مِنَ النَّخْلِ شَيْئاً دُونَ صَاحِبِهِ. وَذٰلِكَ أَنَّهُ يَصِيرُ لَهُ أَجِيراً بِذٰلِكَ. يَقُولُ: أُسَاقِيكَ عَلَى أَنْ تَعْمَلَ لِي فِي كَذَا وَكَذَا نَخْلَةً. تَسْقِيهَا وَتَأْبُرُهَا. وَأُقَارِضُكَ فِي كَذَا وَكَذَا مِنَ ....

قال ابن رشد[1]: اتفق القائلون بالمساقاة على أنه إن كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل إلا ما يعمل بيده أن ذلك لا يجوز، لأنها إجارة بما لم يخلق، اهـ.

وفي «الدر المختار»[2]: إن نفقة الزرع بعد مضي مدة الزراعة عليهما بقدر الحصص، وأما قبل مضيها، فكل عمل قبل انتهاء الزرع كنفقة بذر ومؤونة حفظ وكري نهر على العامل، فإذا تناهى بقي مالاً مشتركاً بينهما فتجب عليهما مؤونته، كحصاد ودياس، فإن شرطاه على العامل فسدت، كما لو شرطاه على رب الأرض، اهـ.

(قال مالك: وكل مقارض) بكسر الراء، أي من يعطي مالاً لرجل قراضاً **(أو مساقٍ)** من يعطي حائطه لآخر مساقاةً **(فلا ينبغي له)** أي لكل واحد منهما **(أن يستثني من المال)** أي من مال القراض **(ولا من النخل)** أي في المساقاة **(شيئاً)** لنفسه **(دون صاحبه، وذلك)** أي وجه عدم الجواز **(أنه يصير)** حينئذٍ **(أجيراً بذلك)** لأنه يكون حينئذٍ **(كأنه يقول)** للعامل، وفي النسخ الهندية «مثل أن يقول» **(أساقيك)** أي أعطيك هذا الحائط مساقاة **(على)** شرط **(أن تعمل لي)** خاصة **(في كذا وكذا نخلة)** مستثناة من شركتك **(تسقيها لي)** بيان لقوله: تعمل **(وتأبرها)** بضم الموحدة وكسرها، أي تلقحها وتصلحها، هذا في المساقاة.

وهكذا في القراض كأنه يقول للمقارض: **(وأقارضك في كذا وكذا من**

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٤٨).

(٢) (٦/ ٥٩٠).

الْمَالِ. عَلَى أَنْ تَعْمَلَ لِي بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ. لَيْسَتْ مِمَّا أُقَارِضُكَ عَلَيْهِ. فَإِنَّ ذٰلِكَ لَا يَنْبَغِي وَلَا يَصْلُحُ. وَذٰلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

قَالَ مَالِكٌ: والسُّنَّةُ فِي الْمَسَاقَاةِ الَّتِي يَجُوزُ لِرَبِّ الْحَائِطِ أَنْ يَشْتَرِطَهَا عَلَى الْمُسَاقَى؛ شَدُّ الْحِظَارِ، ....

المال) أي أعطيك مائة دينار مثلاً قراضاً **(على)** شرط **(أن تعمل)** وتتّجر **(لي بعشرة دنانير)**التي **(ليست)** هذه العشرة. **(مما أقارضك عليه)** بل ما يحصل من ربح هذه العشرة يكون خالصاً لي **(فإن ذلك)** المذكور من العقدين **(لا ينبغي ولايصلح)** ولا يجوز **(وذلك الأمر عندنا)** بالمدينة المنورة، وهذا ظاهر الفساد إذ جعل شرط المساقاة والقراض ما ليس منهما، وذكر القراض مع المساقاة، لأن القراض أصل المساقاة.

قال ابن رشد[١]: اتفقوا على أنه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة، مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنانير، ولا شيئاً من الأشياء الخارجة عن المساقاة، إلا الشيء اليسير عند مالك مثل سَدِّ الحظار، وإصلاح الظفيرة، وهي مجتمع الماء، اهـ. وسيأتي بيان ذلك الذي استثني.

(قال مالك: السنّة) أي الطريقة المعروفة **(في المساقاة التي يجوز لرب الحائط أن يشترطها على المساقى)** بفتح القاف على ما ضبطه الزرقاني أي على العامل **(شدّ الحظائر)** بالشين المعجمة، وهو الأكثر عن مالك أي تحصين الزروب، ويُروى عنه بالسين المهملة يعني سدّ الثلمة، قاله أبو عمر، ونقل في «المشارق» عن يحيى الأندلسي أن ما حظر بزرب، فبالمعجمة، وما كان بجدار، فبالمهملة، والحظائر ـ بالظاء المعجمة ـ جمع حظيرة، هي العيدان التي بأعلى الحائط لتمنع من التسوّر عليه، وقال ابن قتيبة: هو حائط البستان، وفي نسخة الباجي شدُّ الحظار، قال[٢]: الحظار هو ما يحظر به على الحظيرة،

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/٢٤٨).

(٢) «المنتقى» (٥/١٢٦).

وَخَمُّ الْعَيْنِ، وَسَرْوُ الشَّرَبِ، ....

وهو الحائط وغيره، وهو الذي يسمى الزرب، فما اثتلم منه جاز أن يشترط على العامل سدُّ ذلك الثلم، ويروى سدُّ الحظار، ومعناه أن يسترخي رباطه، فيشترط على العامل شدَّه، اهـ.

وقال الدردير[١]: (سدّ) بالمهملة والمعجمة (حظيرة) بظاء معجمة الزرب بأعلى الحائط يمنع التسور، وشدُّه بالشين المعجمة يكون بنحو الحبال، وبالسين المهملة يكون بأعواد ونحوها لما انفتح منه، قال الدسوقي: قوله: الزرب بأعلى الحائط هي الزرب الذي يجعل بأعلى الحائط المحيطة بالبستان، سواء كان من شوك أو من جريد أو بوص أو من أعواد، اهـ.

(وخَمُّ العين) بفتح الخاء المعجمة وتشديد الميم، أي كنسها وتنظيفها، من خممت البيت: إذا كنسته، «نهاية». كذا في «المحلى».

وقال الزرقاني[٢]: أي تنقيتها ورجل مخموم القلب أي نقيه من الغل والحسد، وقال الباجي: خَمُّ العين تنقيتها، وقال ابن حبيب: هو كنسها **(وسرو)** بفتح السين المهملة وسكون الراء فواو أي كنس **(الشرب)** بفتح المعجمة والراء جمع شربة، وهي حياض يستنقع فيها الماء حول الشجر، قاله الزرقاني[٣].

وفي «المحلى»: سروُ الشرب تنقية أنهاره وسَوْقه، قال العيني: أحسبه من قولهم: سروت الشيء إذا نزعته، «نهاية» والشرب بكسر الشين الحوض حول النخل والشجر يلقى فيها الماء.

وقال الباجي[٤]: سرو الشرب هو الكنس، والشَرَبُ: الحوض حول

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ٥٤٤).
(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٦٧).
(٣) (٣/ ٣٦٨).
(٤) «المنتقى» (٥/ ١٢٦).

وَإِبَّارُ النَّخْلِ، وَقَطْعُ الْجَرِيدِ، وَجَدُّ الثَّمَرِ. هٰذَا وَأَشْبَاهُهُ. عَلَى أَنَّ لِلْمُسَاقَى شَطْرَ الثَّمَرِ أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذٰلِكَ. أَوْ أَكْثَرَ إِذَا تَرَاضَيَا عَلَيْهِ. ...

النخل ليبقى فيه الماء بعد السقي، وقد روي في سرو الشرب سَوْق الشرب، وهو جلب الماء الذي يسقى به من مستقره إلى الأصل الذي يسقى به، قال ابن حبيب: سرو الشرب تنقية الحياض التي تكون حول الشجر وتحصين حروفها، ومجيء الماء إليها، وزم القف، وهو الحوض الذي يفرغ فيه الدلو، ويجري منه إلى الظفيرة، وقد قال ابن حبيب: إن سرو الشرب على العامل. وإن لم يشترط عليه، وأما خمُّ[1] العين وزم القف، فإنه يجوز أن يشترط عليه، وإن لم يشترط عليه فهو على رب الحائط، اهـ.

(وإبار) بكسر الهمزة وتشديد الموحدة **(النخل)** أي تذكيرها، قال الدردير[2]: هو تعليق طلع الذكر على الأنثى، قال الباجي: أما إبار النخل، قال ابن حبيب وغيره: هو تذكيرها. ففي «المدونة»: قال ابن القاسم: التلقيح على العامل، وإن لم يشترط عليه؛ لأن مالكاً قال: جميع عمل الحائط على العامل **(وقطع الجريد)** من النخل إذا كسرت، وقد يفعل مثله بالشجر لقطع قضبان الكرم **(وجَدُّ الثمر)** بفتح الجيم وتشديد الدال أي قطعه، والثمر بالمثلثة في المصرية والمثناة الفوقية في الهندية **(هذا)** الذي ذكر **(وأشباهه)** كرم القف، وهو الحوض الذي يجري منه إلى الضفيرة **(على)** شرط **(أن للمساقى شطر الثمر)** بالمثلثة في جميع النسخ أي نصفه مثلاً **(أو أقل من ذلك)** أي النصف **(أو أكثر)** منه **(إذا تراضيا عليه)** بشرط أن يكون جزءاً مشاعاً لا مقداراً مسمى.

قال الموفق[3]: المساقاة لا تصح إلا على جزء معلوم من الثمرة مشاع، كالنصف والثلث، لحديث ابن عمر «عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها»،

---

(١) تنقيتها.

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ٥٤١).

(٣) «المغني» (٧/ ٥٣٢).

غَيْرَ أَنَّ صَاحِبَ الْأَصْلِ لَا يَشْتَرِطُ ابْتِدَاءَ عَمَلٍ جَدِيدٍ. يُحْدِثُهُ الْعَامِلُ فِيهَا. مِنْ بِئْرٍ يَحْتَفِرُهَا. أَوْ عَيْنٍ يَرْفَعُ رَأْسَهَا. أَوْ غِرَاسٍ يَغْرِسُهُ فِيهَا. يَأْتِي بِأَصْلِ ذَلِكَ مِنْ عِنْدِهِ. أَوْ ضَفِيرَةٍ يَبْنِيهَا. تَعْظُمُ فِيهَا نَفَقَتُهُ. ....

وسواء قَلّ الجزء أو كثُر، فلو شرط للعامل جزءاً من مائة جزء أو جعل جزءاً منها لنفسه والباقي للعامل جاز ما لم يفعل ذلك حيلة، اهـ. قلت: وقد تقدم أن الحيل لا تجوز عند أحمد، وتقدم خلاف الأئمة في الحيل في محله.

(**غير أن صاحب الأصل**) أي رب الحائط (**لا يشترط**) على العامل (**ابتداء عمل جديد**) بالجيم (**يحدثه العامل فيها**) أي في الحائط (**من بئر يحتفرها**) وفي الهندية «يحفرها»، بيان للعمل الجديد، ومثال له (**أو عين يرفعُ رَأْسَها**).

قال الباجي: يريد أن تكون العين لانخفاضها لا يصل ماؤها حيث يريد، فيبني حواليها بنياناً يرفعه، فيصل من أعلى ذلك البنيان إلى حيث يريد (**أو غراس يغرسه فيها**) أي في الأرض (**يأتي**) العامل (**بأصل ذلك**) الغراس (**من عنده**) قال الباجي: معناه أن يشترط على العامل غرساً يأتي به من عنده، ويغرسه في أرضه وحائطه، فإن ذلك لا يجوز، رواه ابن المواز عن مالك، وقال محمد: إن كان يسيراً أجزأت المساقاة، وأبطلت الشرط، وإن كان كثيراً لم يجز.

(**أو ضفيرة**) بالضاد المعجمة موضع يجتمع فيه الماء كالصهريج، وقال الباجي: هي عيدان تنسج، وتضفر، وتطين، ويجتمع فيها الماء كالصهريج، قاله الزرقاني[1]، وفي «المنتقى»: الضفيرة محبس الماء كالصهريج (**يبنيها**) أي الضفيرة العامل (**تعظم**) تكثر (**فيها**) أي في الضفيرة (**نفقته**) أي نفقة العامل، قال الباجي: وإنما شرط عليهم النفقة فيها، لأنه إن لم يكن له فيها إلا إصلاح يسير كجبر بعض حروفها جاز اشتراط ذلك على العامل.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٦٨).

وَإِنَّمَا ذٰلِكَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَقُولَ رَبُّ الْحَائِطِ لِرَجُلٍ مِنَ النَّاسِ: ابْنِ لِي هَاهُنَا بَيْتاً. أَوِ احْفِرْ لِي بِئْراً. أَوْ أَجْرِ لِي عَيْناً. أَوِ اعْمَلْ لِي عَمَلًا. بِنِصْفِ ثَمَرِ حَائِطِي هٰذَا. قَبْلَ أَنْ يَطِيبَ ثَمَرُ الْحَائِطِ. وَيَحِلَّ بَيْعُهُ. فَهٰذَا بَيْعُ الثَّمَرِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهُ وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا.

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا إِذَا طَابَ الثَّمَرُ وَبَدَا صَلَاحُهُ وَحَلَّ بَيْعُهُ، ثُمَّ قَالَ رَجُلٌ لِرَجُلٍ: اعْمَلْ لِي بَعْضَ هٰذِهِ الْأَعْمَالِ، لِعَمَلٍ يُسَمِّيهِ لَهُ، بِنِصْفِ ثَمَرِ حَائِطِي هٰذَا. فَلَا بَأْسَ بِذٰلِكَ. إِنَّمَا اسْتَأْجَرَهُ بِشَيْءٍ مَعْرُوفٍ مَعْلُومٍ. قَدْ رَآهُ وَرَضِيَهُ. ....

(قال مالك) هكذا في النسخ الهندية، وليس في النسخ المصرية لفظ «قال مالك»، بل جعل الكلام الآتي ملحقاً بما سبق، وهو الأوجه **(وإنما ذلك)** أي اشتراط الأمور المذكورة يكون **(بمنزلة أن يقول رب الحائط لرجل من الناس: ابنِ لي)** بصيغة الأمر من البناء **(هاهنا بيتاً أو)** يقول مثلاً: **(احفر لي بئراً، أو)** يقول **(أجرِ)** بصيغة الأمر من الإجراء **(لي عيناً أو)** يقول: **(اعمَلْ لي عملاً)** آخر سَمَّاه **(بنصف ثمر حائطي هذا قبل أن يطيب ثمر الحائط و)** قبل أن **(يحلّ بيعه)** لأنه لا يجوز بيع الثمر قبل أن يطيب **(فهذا)** العقد يكون **(بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه)** لأن الإجارة عليه تكون بمنزلة بيعها في الأجرة **(وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها)** فيمنع هذه الإجارة أيضاً لدخولها في حكم البيع قبل بدو الصلاح.

(قال مالك: فأما إذا طاب الثمر وبدا صلاحه) تفسير لبدو الصلاح **(وحل بيعه)** تأكيد له **(ثم قال رجل لرجل)** آخر: **(اعمل لي بعض هذه الأعمال)** المذكورة **(لعمل يُسَمِّيه له)** ويعينه **(بنصف ثمر حائطي هذا)** الذي طاب **(فلا بأس بذلك)** ووجه الجواز أنه **(إنما استأجره بشيء معروف معلوم)** يحل بيعه **(قد رآه)** العامل **(ورضيه)** فيحل الاستئجار عليه.

فَأَمَّا الْمُسَاقَاةُ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْحَائِطِ ثَمَرٌ. أَوْ قَلَّ ثَمَرُهُ أَوْ فَسَدَ. فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا ذٰلِكَ. وَأَنَّ الْأَجِيرَ لَا يُسْتَأْجَرُ إِلَّا بِشَيْءٍ مُسَمًّى. لَا تَجُوزُ الْإِجَارَةُ إِلَّا بِذٰلِكَ. وَإِنَّمَا الْإِجَارَةُ بَيْعٌ مِنَ الْبُيُوعِ. إِنَّمَا يَشْتَرِي مِنْهُ عَمَلَهُ. وَلَا يَصْلُحُ ذٰلِكَ إِذَا دَخَلَهُ الْغَرَرُ. لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهٰى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ.

ثم بين وجه الفرق بين المساقاة والإجارة توضيحاً فقال: **(فأما المساقاة فإنه)** يجوز و**(إن لم يكن للحائط ثمر أو قل ثمره أو فسد)** ثمره **(فليس له)** أي للمساقى **(إلا ذلك)** الذي يحصل بالمساقاة، سواء كان قليلاً أو كثيراً صحيحاً أو فاسداً، بخلاف الإجارة.

(و) وجه ذلك **(أن الأجير لا يستأجر)** ببناء المجهول **(إلا بشيء)** معلوم **(مسمى)** معين **(لا تجوز الإجارة إلا بذلك، وإنما الإجارة بيع من البيوع)** لأنه **(إنما يشتري)** المستأجر **(منه)** أي من العامل **(عمله، ولا يصلح ذلك)** أي البيع **(إذا دخله الغرر، لأن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر)** فكذلك لا تجوز الإجارة إذا دخله غرر، لأنه بيع المنافع، قال ابن عبد البر: أراد مالك الفرق بين المساقاة والإجارة، وأن المساقاة أصل في نفسها كالقراض، لا يقاس عليها شيء من الإجارات، اهـ.

يعني أن المساقاة تجوز بشرائط مخصوصة، وبسُنَّة معروفة، فإذا فسدت المساقاة لنقص شرائطها، فلم يبق إلا الإجارة فلا بد فيها من شرائط الإجارة، ومنها تعيين الأجرة، وهي في الصورة المذكورة معدومة فلا تصح الإجارة أيضاً، والمقصود من هذا القول ذكر ما على العامل، وما يجوز اشتراطه عليه.

قال الدردير[(١)]: وعمل العامل وجوباً جميع ما يفتقر الحائط إليه عرفا ولو بقي بعد مدة المساقاة كإبار[(٢)] وتنقية لمنافع الشجر ودواب وأجراء، وجاز

---

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ٥٤١).

(٢) هو تعليق طلع الذكر على الأنثى.

....

اشتراط رب الحائط على العامل إصلاح جدار، وكنس عين، وسَدَّ حظيرة، وإصلاح ضفيرة، وجاز اشتراط الأربعة على العامل ليسارتها وعدم بقائها بعد مدة المساقاة غالباً، فإن لم يشترطه على العامل فعلى ربه، اهـ.

وقال الموفق[١]: يلزم العاملَ بإطلاقِ عقدِ المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها مثل حرث الأرضِ تحتَ الشجر، وبقرِ الحرث، وآلة الحرث، وسقي الشجر، واستقاء الماء، وإصلاح طرق الماء وتنقيتها، وقطع الحشيش المضر والشوك، وإصلاح الأجَاجين وهي الحُفَر التي يجتمع فيها الماءُ على أصول النخل، وإدارة الدولاب، وعلى ربِ المال ما فيه حفظُ الأصل، كسدِّ الحيطان وإنشاء الأنهار، وعمل الدولاب، وحفر بئره، وشراء ما يُلَقَّحُ به.

وعَبَّرَ بعضُ أهل العلم عن هذا بعبارة أخرى فقال: كل ما يتكرّر في كل عام، فهو على العامل وما لا يتكرر فعلى رب المال، وهذا صحيح في العمل، وأما شراء ما يُلَقَّحُ به، فهو على رب المال وإن تكرر؛ لأن هذا ليس من العمل.

وقال بعض أصحاب الشافعي: ما يتعلق بصلاح الأصول والثمرة معاً، كالكسح للنهر والثور، هو على من شرط عليه منهما، وإن أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة، وإن شرطا على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر، فقال القاضي وأبو الخطاب: لا يجوز ذلك، فعلى هذا تفسد المساقاة، وهو مذهب الشافعي؛ لأنه شرط يخالف مقتضى العقد، فأفسده، كالمضاربة إذا اشترط فيها العمل على رب المال.

وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك، لكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد من العمل معلوماً؛ لئلا يفضي إلى التنازع والتواكل، وأن لا

(١) «المغني» (٧/ ٥٣٩).

قَالَ مَالِكٌ: السُّنَّةُ فِي الْمُسَاقَاةِ عِنْدَنَا، أَنَّهَا تَكُونُ فِي أَصْلِ كُلِّ نَخْلٍ أَوْ كَرْمٍ أَوْ زَيْتُونٍ أَوْ رُمَّانٍ أَوْ فِرْسِكٍ. أَوْ مَا أَشْبَهَ ذٰلِكَ مِنَ الْأُصُولِ. جَائِزٌ لَا بَأْسَ بِهِ. عَلَى أَنَّ لِرَبِّ الْمَالِ نِصْفَ الثَّمَرِ مِنْ ذٰلِكَ، أَوْ ثُلُثَهُ أَوْ رُبُعَهُ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذٰلِكَ أَوْ أَقَلَّ.

يكون ما على رب المال أكثر العمل؛ لأن العامل يستحق بعمله، فإذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئاً، اهـ.

وفي «الدر المختار»[1]: ما قبل الإدراك كسقي وتلقيح وحفظ فعلى العامل، وما بعده كجذاذ وحفظ فعليهما، ولو شرط على العامل فسدت اتفاقاً، اهـ.

(قال مالك: السنة في المساقاة عندنا أنها تكون في أصل) أي شجر **(كل نخل أو كرم)** شجر العنب **(أو زيتون أو تين أو رُمّان)** معروفات **(أو فرسك)** بكسر الفاء وإسكان الراء وكسر المهملة وكاف: الخوخ أو ضرب منه أحمر أجرد أو ما ينفلق عن نواه، وفي «لغات الصراح»: خوخ شفتالو، وفي «المحيط الأعظم»: فِرْسَكٌ نوع من الخوخ، يقال له في الفارسية: شلير، وشليل، وخوخ بفتح الخاء المعجمة اسم عربي، يقال له في اليونانية: مرسعا ميلا، وفي الفارسية: شفتالو، وفي الهندية: آڑو **(أو ما أشبه ذلك)** المذكور **(من الأصول)** الأخر كالتين وغيره، فالمساقاة فيها **(جائز)** أي **(لا بأس به على)** شرط **(أن لرب المال نصف الثمر من ذلك)** المذكور **(أو ثلثه أو ربعه أو أكثر من ذلك أو أقل)** بشرط أن يكون معلوماً عندهما وجزءاً مشاعاً.

قال الباجي[2] وقال الشافعي: لا تجوز المساقاة إلا في النخل والكرم. والدليل على ما نقوله أن هذا شجر مثمر له أصل ثابت، فجازت المساقاة فيه

(١) (٦/ ٦٠٢).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٢٨).

قَالَ مَالِكٌ: وَالْمُسَاقَاة أَيضاً تَجُوزُ فِي الزَّرْعِ إِذَا خَرَجَ وَاسْتَقَلَّ. فَعَجَزَ صَاحِبُهُ عَنْ سَقْيِهِ وَعَمَلِهِ وَعِلَاجِهِ. فَالْمُسَاقَاةُ فِي ذٰلِكَ أَيضاً جَائِزَةٌ.

كالنخل والكرم، اهـ، وتقدم اختلاف الأئمة في ذلك في البحث الخامس من أول الباب.

وفي «الهداية»[١]: تجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان، وقال الشافعي في الجديد: لا تجوز إلا في الكرم والنخل؛ لأن جوازها بالأثر، وقد خصهما، وهو حديث خيبر. ولنا، أن الجواز للحاجة، وقد **عَمَّتْ**، وأثر خيبر لا يخصهما؛ لأن أهلها يعملون في الأشجار والرطاب، ولو **كان** كما زعم، فالأصل في النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله، اهـ.

(قال مالك) هكذا في النسخ الهندية وأكثر المصرية، وليس في بعضها لفظ قال مالك، والأولى وجوده **(والمساقاة أيضاً تجوز في الزرع إذا خرج)** من الأرض **(واستقل فعجز صاحبه)** أي صاحب الزرع **(عن سقيه وعمله)** أي العمل فيه **(وعلاجه)** تفسير للعمل **(فالمساقاة في ذلك أيضاً جائزة)** كما تجوز في الأشجار، إلا أن مساقاة الشجر جائزة بدون الضرورة أيضاً، ومساقاة الزرع لا تجوز عند مالك بدون الضرورة، والعجز عن العمل فيه.

قال الباجي[٢]: وأما مساقاة الزرع فقد قال مالك في «المدونة»: تجوز مساقاة الزرع إذا استقلّ عن الأرض، وعجز عنه صاحبه، فإن لم ينبت بعد لم تجز مساقاته؛ لأنه بذر، ذكره ابن حبيب عمن لقي من أصحاب مالك، سواء عجز عنه أو لم يعجز، ووجه ذلك أنه ليس له أصل بعد، وإنما هو بذر، وإذا

---

(١) (٢/ ٣٤٤).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٢٨).

قَالَ مَالِكٌ: لَا تَصْلُحُ الْمُسَاقَاةُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأُصُولِ مِمَّا تَحِلُّ فِيهِ الْمُسَاقَاةُ. إِذَا كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ قَدْ طَابَ وَبَدَا صَلَاحُهُ وَحَلَّ بَيْعُهُ. وَإِنَّمَا يَنْبَغِي أَنْ يُسَاقَى مِنَ الْعَامِ الْمُقْبِلِ. وَإِنَّمَا مُسَاقَاةُ مَا حَلَّ بَيْعُهُ مِنَ الثِّمَارِ إِجَارَةٌ. لِأَنَّهُ إِنَّمَا سَاقَى صَاحِبَ الْأَصْلِ ثَمراً قَدْ بَدَا صَلَاحُهُ. عَلَى أَنْ يَكْفِيَهُ إِيَّاهُ وَيَجُذَّهُ لَهُ. بِمَنْزِلَةِ ....

طلع وعجز عنه صاحبه جازت المساقاة فيه، فإن لم يعجز عنه صاحبه أو لم يستقل لم يجز ذلك، قاله ابن القاسم عن مالك.

وقال ابن نافع في «كتاب ابن سحنون»: تجوز المساقاة في الزرع وإن لم يعجز عنه صاحبه، اهـ. ولم يفرق الجمهور في الزرع وغيره بالعجز وبعدمه، والتفريق مذهب الإمام مالك، كما يظهر من كلام ابن رشد المذكور في البحث الخامس من أول الباب.

(قال مالك: ولا تصلح) ولا تجوز **(المساقاة في شيء من الأصول مما تحلّ فيه المساقاة)** أي من الأصول التي تجوز فيها المساقاة **(إذا كان فيه ثمر قد طاب وبدا صلاحه و)**صار بموضع **(حلّ بيعه)** إذ ذاك لعدم بقاء الضرورة الداعية إلى المساقاة **(وإنما ينبغي)** أي يجوز **(أن يساقى)** هذا الحائط **(من العام المقبل)** الآتي **(وإنما مساقاة ما حل بيعه من الثمار إجارة)** يعني لو ساقاه في هذه الحالة لم تكن مساقاة معروفة، بل يكون العقد عقد إجارة **(لأنه إنما ساقى صاحب الأصل)** كذا في النسخ المصرية، فيكون صاحب الأصل مفعولاً، وفي النسخ الهندية: إنما ساقاه صاحب الأصل، فيكون الصاحب فاعله، يقال: ساقاه في أرضه إذا استعمله فيها.

(ثمراً قد بدا صلاحه) وتم ونفد احتياج المساقاة فكأنه عامله **(على أن يكفيه إياه)** أي يكفي العامل رب المال العمل الباقي **(و)** لم يبق من العمل إلا الجذاذ فكأنه عامله على أن **(يجذّه له)** أي يقطعه له إذ لم يبق غير ذلك **(بمنزلة**

الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ يُعْطِيهِ إِيَّاهَا. وَلَيْسَ ذٰلِكَ بِالْمُسَاقَاةِ. إِنَّمَا الْمُسَاقَاةُ مَا بَيْنَ أَنْ يَجُذَّ النَّخْلَ إِلَى أَنْ يَطِيبَ الثَّمَرُ وَيَحِلَّ بَيْعُهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ سَاقَى ثَمَراً فِي أَصْلٍ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهُ وَيَحِلَّ بَيْعُهُ، فَتِلْكَ الْمُسَاقَاةُ بِعَيْنِهَا جَائِزَةٌ.

الدنانير والدراهم يعطيه) أي العامل **(إياها)** أي الدنانير يعني إذا عامله على جزّ النخل بنصف الثمرة الموجودة، فكأنه عامله على جزّه بالدنانير والدراهم المجهولة المقدار **(وليس ذلك بالمساقاة)** المشروعة.

(وإنما المساقاة) المشروعة تكون **(ما بين أن يجذ النخل)** من العام الماضي **(إلى أن يطيب التمر ويحل بيعه)** من العام المقبل، فأما إذا طاب ثمره فقد فات وقت المساقاة.

(قال مالك) وليس هذا اللفظ في بعض النسخ المصرية **(ومن ساقى ثمراً)** بالمثلثة وبالفوقية على اختلاف النسخ **(في أصل قبل أن يبدو صلاحه)** وقبل أن **(يحل بيعه فتلك المساقاة)** المعروفة المشروعة **(بعينها)** وهي **(جائزة)**.

قال ابن رشد[1]: أما الوقت المشترط في جواز عقدها فإنهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بدو الصلاح، واختلفوا في الجواز بعد بدو الصلاح، فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة إلى أنه لا يجوز بعد بدو الصلاح، وقال سحنون من أصحاب مالك: لا بأس بذلك، واختلف قول الشافعي في ذلك، فمرة قال: لا يجوز، ومرة قال: يجوز، وقد قيل عنه: إنها لا تجوز إذا خلق الثمر.

وعمدة الجمهور، أن مساقاة ما بدا صلاحه ليس فيه عمل ولا ضرورة إذ يجوز بيعه في ذلك الوقت، قالوا: وإنما هي إجارة إن وقعت، وحجة من أجازها أنه إذا جازت قبل أن يخلق الثمر، فهي بعد بدو الصلاح أجوز، اهـ.

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٤٩).

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تُسَاقَى الْأَرْضُ الْبَيْضَاءُ. وَذٰلِكَ أَنَّهُ يَحِلُّ لِصَاحِبِهَا ....

قال الموفق[١]. وإن ساقاه على ثمر موجودة، فذكر أبو الخطاب فيه روايتين: **إحداهما**: تجوزُ، وهو اختيار أبي بكر وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحد قولي الشافعي، لأنها إذا جازت في المعدومة مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى، وإنما تصح إذا بقي من العمل ما يستزاد به الثمرة كالتأبير والسقي وإصلاح الثمرة، فإن بقي ما لا تزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف.

والثانية: لا تجوز، وهو القول الثاني للشافعي؛ لأنه ليس بمنصوص عليه، ولا في معنى المنصوص، فإن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من ثمر أو زرع، ولأن هذا يفضي إلى أن يستحق بالعقد عوضاً موجوداً ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقي فلم يصح، كما لو بدا صلاح الثمرة، ولأنه عقد على العمل في المال ببعض نمائه، فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة.

وقولهم: إنه أقل غرراً، قلنا: قلة الغرر ليست من المقتضي للجواز، ولا كثرته الموجودة في محل النص مانعة، فلا تؤثر قلته شيئاً، والشرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضاً موجوداً، ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء، وإنما يحدث النماء الموجود على ملكهما على ما شرطاه، فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ولا إثبات عقد ليس في معناه إلحاقاً به، كما لو بدا صلاح الثمرة كالمضاربة بعد ظهور الربح، اهـ.

(قال مالك: ولا ينبغي) أي لا يجوز **(أن تساقى الأرض البيضاء)** أي الخالية عن النبات والأشجار **(وذلك)** أي وجه عدم الجواز **(أنه يحل لصاحبها)**

(١) «المغني» (٧/ ٥٣١).

كِرَاؤُهَا بِالدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ. وَمَا أَشْبَهَ ذٰلِكَ مِنَ الْأَثْمَانِ الْمَعْلُومَةِ.

قَالَ: فَأَمَّا الرَّجُلُ الَّذِي يُعْطِي أرضه الْبَيْضَاءَ، بِالثُّلُثِ أَوِ الرُّبُعِ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا. فَذٰلِكَ مِمَّا يَدْخُلُهُ الْغَرَرُ. لِأَنَّ الزَّرْعَ يَقِلُّ مَرَّةً وَيَكْثُرُ مَرَّةً. وَرُبَّمَا هَلَكَ رَأْساً. فَيَكُونُ صَاحِبُ الْأَرْضِ قَدْ تَرَكَ كِرَاءً مَعْلُوماً يَصْلُحُ لَهُ أَنْ يُكْرِيَ أَرْضَهُ بِهِ. وَأَخَذَ أَمْراً غَرَراً. لَا يَدْرِي أَيَتِمُّ أَمْ لَا؟ فَهٰذَا مَكْرُوهٌ. ....

أي لمالك الأرض (**كراؤها بالدنانير والدراهم وما أشبه ذلك من الأثمان المعلومة**) كالفلوس الرائجة غير الطعام عند مالك، فإنه لا يجوز كراؤها به عنده، كما سيأتي في الباب الآتي، وهذا مبنيٌّ على مذهب الإمام مالك من عدم جواز المزارعة بالثلث والربع وغيرهما، وجواز المساقاة على ذلك.

واستدل مالك على عدم الجواز بما حاصله، أن الأرض يجوز كراؤها بالأثمان فلم تبق الحاجة إلى مساقاتها بالثلث والربع (**قال**) مالك: (**فأما الذي يعطي أرضه البيضاء بالثلث أو الربع**) أو بغيرهما (**مما يخرج منها**) أي من الأرض (**فذلك مما يدخله الغرر**) أي الخطر، فهذا لا يجوز (**لأن الزرع يَقِلُّ مرة ويكثر أخرى**) فهذا غرر (**وربما هلك رأساً**) أي هلك الزرع كله فهو أشدُّ غرراً (**فيكون صاحب الأرض**)البيضاء إذا أعطاها بالثلث والربع (**قد ترك كراءً معلوماً**) متعيناً، وهو الكراء بالعين وغيرها (**يصلح**) ويجوز (**له أن يكري أرضه به**) أي بالكراء المعلوم (**وأخذ**) بدله (**أمراً غرراً**) لا يدري أيخرج من الأرض شيء أم لا؟ و(**لا يدري أيتم**) غرضه (**أم لا؟ فهذا مكروه**) أي حرام عند مالك.

قال الزرقاني[١]: وقد نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة، وهي كراء الأرض بجزء مما يخرج، اهـ. قلت: وسيأتي اختلاف الأئمة في المزارعة في الباب الآتي.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٧٠).

وَإِنَّمَا ذٰلِكَ مَثَلُ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً لِسَفَرٍ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ. ثُمَّ قَالَ الَّذِي اسْتَأْجَرَ الْأَجِيرَ: هَلْ لَكَ أَنْ أُعْطِيَكَ عُشْرَ مَا أَرْبَحُ فِي سَفَرِي هٰذَا إِجَارَةً لَكَ؟ فَهٰذَا لَا يَحِلُّ وَلَا يَنْبَغِي.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَنْبَغِي لِرَجُلٍ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ ولَا أرضه وَلَا سَفِينَتَهُ إِلَّا بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ لَا يَزُولُ إِلَى غَيْرِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا فَرَّقَ بَيْنَ الْمُسَاقَاةِ فِي النَّخْلِ وَالْأَرْضِ الْبَيْضَاءِ، أَنَّ صَاحِبَ النَّخْلِ لَا يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَهَا حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهُ وَصَاحِبُ ....

(**وإنما مثل ذلك**) أي مثال الذي يعطي أرضه على الثلث والربع (**مثل رجل استأجر أجيراً لسفر**) مثلاً (**بشيء معلوم**) متعين من الأجرة (**ثم قال الذي استأجر**) أي المستأجر (**الأجير: هل لك أن أعطيك**) في الأجرة (**عشر ما أربح في سفري هذا**) بدل الأجرة المذكورة (**إجارةً لك**) تمييزٌ أي على سبيل الأجرة (**فهذا لا يحل ولا ينبغي**) ولا يجوز عند أحد لجهالة الأجرة.

(**قال مالك**) هكذا في أكثر النسخ، وليس في بعضها هذا اللفظ، وهذا تكميل للكلام السابق (**ولا ينبغي**) ولا يجوز (**لرجل أن يؤاجر نفسه ولا أرضه ولا سفينته**) ولا داره ولا شيئاً آخر (**إلا بشيء معلوم**) متعين (**لا يزول**) أي لا ينتقل (**إلى غيره**) من القلة إلى الكثرة وبالعكس، وبه قال الجمهور، وأجاز طائفة من التابعين ومن بعدهم أن يعطي سفينته ودابته وأرضه بجزء مما يرزقه الله قياساً على القراض، قاله الزرقاني.

(**قال مالك**) هكذا في النسخ الهندية، وأكثر المصرية، وليس في بعضها هذا اللفظ (**وإنما فَرَّق**) بتشديد الراء (**بين المساقاة في النخل**) والمساقاة (**في الأرض البيضاء**) إذ يجوز الأول دون الثاني (**أن صاحب النخل لا يقدر على أن يبيع ثمرها حتى يبدو صلاحه**) للنهي عن ذلك وحرمته إجماعاً (**وصاحب**

الْأَرْضِ يُكْرِيهَا وَهِيَ أَرْضٌ بَيْضَاءُ لَا شَيْءَ فِيهَا.

الأرض) يقدر على أن **(يكريها وهي)** أي والحال أنها **(أرض بيضاء لا شيء فيها)** فأباحت الضرورة الأول دون الثاني إذ لا حاجة فيها.

قال الباجي[(١)]: قوله: فالذي يعطي أرضه البيضاء بثلث ما يخرج منها أو ربعه يدخله الغرر، يريد أنه لا يجوز للرجل أن يكري أرضه البيضاء بجزء يخرج منها، وإن جاز أن يكريها في الجملة، لأن ذلك الربع لا يدرون قدره؛ لأنه يقل مرة وربما تلف جميعه، والكراء معاوضة على منافع الأرض، فلا يجوز إلا بعوض معلوم، وإنما جاز في المساقاة؛ لأنّه لا تجوز المعاوضة على منافع الثمار بشيء معلوم.

والدليل على ما نقوله ما أخرجه البخاري[(٢)] من حديث جابر: «كانوا يزرعونه بالثلث والربع والنصف»، فقال النبي ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فإن لم يفعل فليمسك أرضه»، ومن جهة المعنى أن هذا عوض في الإجارة مجهول، فوجب أن يكون ممنوعاً، ولا يجوز استئجارها بطعام مقدر، والدليل عليه ما أخرجه البخاري[(٣)] من حديث رافع عن عمه ظهير أنه قال: نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان بنا رافقاً، قلت: ما قال رسول الله، فهو حق. قال: دعاني رسول الله ﷺ فقال: «ما تصنعون بمحاقلكم»؟ قلت: نؤاجرها على الربع وعلى الأوسق من التمر والشعير، قال: «لا تفعلوا، ازرعوها أو أزرعوها أو أمسكوها»، قال رافع: قلت: سمعاً وطاعة، قال ابن حبيب: قال مالك: فيما نهى عنه من المحاقلة هو اكتراء الأرض بالحنطة، اهـ.

قال الموفق[(٤)]: المزارعة دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٣٢).

(٢) «صحيح البخاري» (٢٣٤٠)، وأخرجه مسلم (٣/ ١١٧٧).

(٣) «صحيح البخاري» (٢٣٣٩).

(٤) «المغني» (٧/ ٥٥٥).

قَالَ مَالِكٌ: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي النَّخْلِ أَيْضاً إِنَّهَا تُسَاقِي السِّنِينَ

والزرع بينهما، وهي جائزة في قول كثير من أهل العلم، قال البخاري: قال أبو جعفر: ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع، وزَارَعَ علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي، وممن رأى ذلك ابن المسيب والزهري وابن سيرين وطاووس وأبو يوسف ومحمد، وروي ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن يزيد، وقال البخاري: عامل عمر ـ رضي الله عنه ـ الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا وكذا، وكرهها عكرمة ومجاهد والنخعي وأبو حنيفة، وروي عن ابن عباس الأمران جميعاً.

وأجازها الشافعي في الأرض بين النخيل، إذا كان بياض الأرض أقل، فإن كان أكثر فعلى وجهين، ومنعها في الأرض البيضاء لرواية رافع عن بعض عمومته قال: «نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً»، الحديث، وعن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ قال: ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى سمعنا رافع بن خديج يقول: نهى رسول الله ﷺ عنها[1]. وقال جابر: نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة[2]، وهذه كلها أحاديث صحاح.

ولنا، ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر، متفق عليه. وقد روي ذلك عن ابن عباس وجابر إلى آخر ما بسط في الدلائل والجواب عن الروايات الأول.

(قال مالك: والأمر عندنا في النخل أيضاً إنها تساقي) هكذا في نسخة الباجي والزرقاني، وهو أوجه مما في النسخ الهندية من لفظ «يساقي» بصيغة التذكير، وفي أكثر النسخ المصرية «إنها للمساقي» **(السنين)** أي العديدة كذا في

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٤١)، ومسلم (٣/ ١١٨١).

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ١٥١)، ومسلم (٣/ ١١٧٤)، وأبو داود (٢/ ٢٣٥).

الثَّلَاثَ وَالْأَرْبَعَ وَأَقَلَّ مِنْ ذٰلِكَ وَأَكْثَرَ.

قَالَ: وَذٰلِكَ الَّذِي سَمِعْتُ. وَكُلُّ شَيْءٍ مِثْلُ ذٰلِكَ مِنَ الْأُصُولِ بِمَنْزِلَةِ النَّخْلِ. يَجُوزُ فِيهِ لِمَنْ سَاقَى مِنَ السِّنِينَ مِثْلُ مَا يَجُوزُ فِي النَّخْلِ.

النسخ الهندية، وفي النسخ المصرية بدلها «السنتين»، يعني يجوز أيضاً أن تساقي النخل لعدة سنين (**الثلاث والأربع**) مثلاً بدل عن السنين (**أو أقل من ذلك**) أي من الثلاث (**أو أكثر**) من الأربع ما لم يكثر جداً، كما سيأتي في كلام الباجي.

(**قال**) مالك: (**وذلك الذي سمعت**) من أهل العلم (**وكل شيء مثل ذلك**) الذي يساقي (**من الأصول**) بيان لقوله: مثل ذلك (**بمنزلة النخل**) في أنه (**يجوز فيه**) أي في غير النخل من الأصول (**لمن ساقى**) شيئاً منها (**من السنين**) العديدة (**ما يجوز في النخل**).

قال الباجي[١]: ومعنى ذلك عندي أن عقد المساقاة عقد لازم. قال الشيخ أبو إسحق: عقد المساقاة لازم للمتعاقدين، وليس لأحدهما فسخه بعد عقده إلا برضا صاحبه، ولو مات أحدهما كان ورثته مكانه، وفي «الموازية»: إذا انعقدت المساقاة فليس لأحدهما رجوع، وإن لم يعمل كالإجارة بخلاف القراض، وإذا ثبت أنه عقد لازم جاز أن يعقد لوجائب[٢] عنده كاكتراء الأرض، وما ليس بلازم، ومن العقود الجائزة كالشركة والقراض، فإنه لا يجوز أن يعقد إلا عقداً مطلقاً، لا يشترط فيه وجائب؛ لأن ذلك يقتضي اللزوم ووجائبه بالشهور والسنين، قاله الشيخ أبو إسحق وابن حبيب.

ووجه ذلك أن أجرة العامل لا تصح أن تكون إلا من الثمرة التي يعمل

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٣٤).

(٢) وجائب جمع وجيبة: وهي أن توجب البيع ثم تأخذ المبيع أولاً فأولاً، فإذا فرغت قيل: قد استوفيت وجيبتك.

....

في أصلها بجزء منها، فكان العمل إلى أن يمكن قسمتها كربح القراض، ومعنى قوله: بالسنين يريد من الجداد إلى الجداد، وقوله: أو أقل من ذلك أو أكثر يريد ما لم يكثر ذلك جداً، قال ابن القاسم في «المدونة»: في العشر سنين والثلاثين والخمسين لم أسمع من مالك فيه شيئاً ولا أدري ما هذا، وما لم يكثر جداً فلا بأس به، اهـ.

قال الدردير[١]: جاز مساقاة سنين ما لم تكثر جداً بلاحد في الكثرة، بل المدار في الجواز على السنين التي لا تتغير الأصول فيها عادة، وذلك يختلف باختلاف الحوائط أرضاً وأصولاً، إذ الجديد ليس كالقديم ولا الأرض القوية كالضعيفة، قيل لمالك: العشرة؟ قال: لا أدري عشرة ولا عشرين ولا ثلاثين، اهـ.

وقال الموفق[٢]: ظاهر كلام أحمد أن المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة أَوْمَأَ إليه في رواية الأثرم، وسئل عن الأَكَّارِ يُخْرِجُ نفسَه من غير أن يخرجه صاحب الضيعة، فلم يمنعه من ذلك، ذكره الشيخ ابنُ حامد، وهو قول بعض أصحاب الحديث، وقال بعض أصحابنا: هو عقد لازم، وهو قول أكثر الفقهاء؛ لأنه عقد معاوضة، فكان لازماً كالإجارة.

ولنا، ما رُوي في قصة خيبر بلفظ: نُقِرُّكم على ذلك ما شئنا، ولو كان لازماً لم يجز بغير تقدير مدة ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدة إقرارهم، ولأن النبي ﷺ لم ينقل عنه أنه قَدَّرَ لهم ذلك بمدة، ولو قَدَّرَ لم يُتْرَكْ نقلُه؛ لأن هذا مما يحتاج إليه، فلا يجوز الإخلال بنقله.

فأما إن قلنا: إنه عقد لازم، فلا يصح إلا على مدة معلومة، وبهذا قال

---

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ٥٤٤).

(٢) «المغني» (٧/ ٥٤٢).

....

الشافعي. وقال أبو ثور: يصح من غير ذكر مدة، ويقع على سنة واحدة، وأجازه بعض أهل الكوفة استحساناً؛ لأنه لما شرط له جزءاً من الثمرة كان ذلك دليلاً على أنه أراد مدة تحصل الثمرة فيها.

ولنا، أنه عقد لازم، فوجب تقديره بمدة كالإجارة، ولأن المساقاة أشبه بالإجارة، ولأنها إذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على إطلاقها مع لزومها؛ لأنه يفضي إلى أن العامل يستبدُّ بالشجر كل مدته، فيصير كالمالك، ولا يمكن تقديره بالسنة؛ لأنه تحكم، وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة، فعلى هذا لا تتقدر أكثر المدة، بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وإن طالت.

وقد قيل: لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة، وهذا تحكم، وتوقيت لا يصار إليه إلا بنص أو إجماع، فأما أقل المدة فيتقدر بمدة تكمل الثمرة فيها، فلا يجوز على أقل منها؛ لأن المقصود أن يشتركا في الثمرة، ولا يوجد في أقل من هذه المدة، اهـ.

وقال السرخسي: إذا دفع إلى رجل نخلاً معاملة سنين معلومة بالنصف، فهو جائز على قول من يرى جواز المزارعة، وكذلك معاملة الشجر والكرم والرطاب، ولو دفع إليه نخلاً أو كرماً أو شجراً معاملة بالنصف، ولم يسم الوقت جاز استحساناً على أول ثمرة تخرج في أول سنته، وفي القياس: لا يجوز لأن هذا استئجار للعامل، وبهذا لا يصير المعقود عليه معلوماً إلا ببيان المدة، فإذا لم يُبَيِّنَا لا يجوز العقد كما في المزارعة.

ووجه الاستحسان أن لإدراك الثمر أواناً معلوماً في العادة، ونحن نتيقن أن إيفاء العقد مقصود إلى إدراك الثمر، والثابت بالعادة كالثابت بالشرط، فصارت المدة معلومة. ثم في المعاملة يتيقن أن العقد تناول أول ثمره، وفيما وراء ذلك شك فلا يثبت إلا المتيقن، اهـ.

قَالَ مَالِكٌ، فِي الْمُسَاقِي: إِنَّهُ لَا يَأْخُذُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي سَاقَاهُ شَيْئاً مِنْ ذَهَبٍ وَلَا وَرِقٍ يَزْدَادُهُ. وَلَا طَعَامٍ وَلَا شَيْئاً مِنَ الْأَشْيَاءِ. لَا يَصْلُحُ ذٰلِكَ. وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَأْخُذَ الْمُسَاقَى مِنْ رَبِّ الْحَائِطِ شَيْئاً يَزِيدُهُ إِيَّاهُ، ....

وفي «الدر المختار»[1]، في شروط صحة المزارعة: وذكر المدة أي مدة متعارفة، فتفسد بما لا يتمكن فيها منها، وبما لا يعيش إليها أحدهما غالباً، اهـ. وفي «العالمگيرية»: لو دفع أرضاً معاملة خمسمائة سنة لا تجوز. وإن شرط مائة سنة وهو ابن عشرين سنة جاز، وإن كان أكثر من عشرين لم يجز، اهـ.

وفي «الهداية»[2]: شرط المدة قياس فيها؛ لأنها إجارة معنًى كما في المزارعة، وفي الاستحسان: إذا لم يبين المدة يجوز، ويقع على أول ثمر يخرج؛ لأن الثمر لإدراكها وقت معلوم، وقلّ ما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن، اهـ.

(قال مالك في المساقاة: إنه) هكذا في النسخ الهندية، وعلى هذا فالضمير إلى المساقي بالكسر المفهوم من المساقاة، وفي النسخ المصرية «قال مالك في المساقي: إنه» وعلى هذا فمرجع الضمير واضح وهو المساقي بالكسر المذكور **(لا يأخذ من صاحبه الذي ساقاه)** بدل من صاحبه **(شيئاً)** مفعول لا يأخذ **(من ذهب ولا ورق)** ولا غيرهما **(يزداده)** لنفسه خاصة **(ولا طعام)** عطف على ذهب في النسخ المصرية «ولا طعاماً» عطف على شيئاً في النسخ الهندية **(ولا شيئاً)** آخر **(من الأشياء)** أياً ما كان **(لا يصلح ذلك)** ولا يجوز.

(و)كذلك **(لا ينبغي)** ولا يجوز **(أن يأخذ المساقى)** بفتح القاف أي العامل **(من رب الحائط شيئاً)** لنفسه خاصة **(يزيده إياه)** أي يعطي رب الحائط العامل

---

(١) (٦/ ٥٨٣).

(٢) (٢/ ٣٤٣).

مِنْ ذَهَبٍ وَلَا وَرِقٍ وَلَا طَعَامٍ وَلَا شَيْءٍ مِنَ الْأَشْيَاءِ. وَالزِّيَادَةُ فِيمَا بَيْنَهُمَا لَا تَصْلُحُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْمُقَارِضُ أَيْضاً بِهٰذِهِ الْمَنْزِلَةِ لَا يَصْلُحُ. إِذَا دَخَلَتِ الزِّيَادَةُ فِي الْمُسَاقَاةِ أَوِ الْمُقَارَضَةِ صَارَتْ إِجَارَةً. وَمَا دَخَلَتْهُ الْإِجَارَةُ فَإِنَّهُ لَا يَصْلُحُ. وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تَقَعَ الْإِجَارَةُ بِأَمْرٍ غَرَرٍ. لَا يَدْرِي أَيَكُونُ أَمْ لَا يَكُونُ. أَوْ يَقِلُّ أَوْ يَكْثُرُ.

(**من ذهب ولا ورق ولا طعام ولا شيء من الأشياء، والزيادة**) بالرفع مبتدأ خبره لا تصلح أي الزيادة على النصيب المشاع المشروط بينهما عند العقد (**فيما بينهما**) سواء كان من رب الحائط أو العامل (**لا تصلح**) للآخر، وهذا مما لا خلاف فيه بين أهل العلم، حكى الإجماع على ذلك غير واحد من نقلة المذاهب.

قال الموفق[١]: إذا شرط جزءاً معلوماً ودراهم معلومة كعشرة ونحوها لم يجز بغير خلاف.

(**قال مالك**) ذكره نظيراً للمسألة السابقة (**والمقارضة**) أي المضاربة (**أيضاً بتلك المنزلة**). أي كالمساقاة (**لا تصلح**) يعني لا تجوز أيضاً إذا دخلت الزيادة فيها من أحد الجانبين، لأنه (**إذا دخلت الزيادة في المساقاة والمقارضة صارت**) كل واحدة منهما (**إجارة**) وخرجت من المساقاة والمقارضة الشرعيتين (**وما دخلته الإجارة**) يعني ما دخل في حكم الإجارة تشترط له شرائط الإجارة.

ومنها أن يكون الأجر معلوماً ومتعيناً (**فإنه لا يصلح ولا ينبغي**) ولا يجوز (**أن تقع الإجارة بأمر غرر**) وفسر الغرر بقوله: (**لا يدري أيكون أم لا يكون أو يقلّ أو يكثُر**) وقد تقدم الإجماع على ذلك في القراض قبيل ما لا يجوز من الشروط في القراض.

---

(١) «المغني» (٧/ ٥٥١).

قَالَ مَالِكٌ، فِي الرَّجُلِ يُسَاقِي الرَّجُلَ الْأَرْضَ فِيهَا النَّخْلُ وَالْكَرْمُ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذٰلِكَ مِنَ الْأُصُولِ فَيَكُونُ فِيهَا الْأَرْضُ الْبَيْضَاءُ.

قَالَ مَالِكٌ: إِذَا كَانَ الْبَيَاضُ تَبعاً لِلْأَصْلِ. وَكَانَ الْأَصْلُ أَعْظَمَ ذٰلِكَ. أَوْ أَكْثَرَهُ. فَلَا بَأْسَ بِمُسَاقَاتِهِ. وَذٰلِكَ أَنْ يَكُونَ النَّخْلُ الثُّلُثَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ. وَيَكُونَ الْبَيَاضُ الثُّلُثَ أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذٰلِكَ وَذٰلِكَ أَنَّ الْبَيَاضَ حِينَئِذٍ تَبَعٌ لِلْأَصْلِ. وَإِذَا كَانَتِ الْأَرْضُ الْبَيْضَاءُ فِيهَا نَخْلٌ أَوْ كَرْمٌ أَوْ مَا يُشْبِهُ ذٰلِكَ مِنَ الْأُصُولِ. فَكَانَ الْأَصْلُ الثُّلُثَ أَوْ أَقَلَّ. وَالْبَيَاضُ الثُّلُثَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ.

(قال مالك، في الرجل يساقي الرجل) أي العامل **(الأرض)** التي **(فيها النخل أو الكرم أو ما يشبه ذلك من الأصول)** التي تجوز فيها المساقاة **(فتكون فيها)** أي في الأرض المذكورة **(الأرض البيضاء)** أيضاً، وهي التي لا نبات فيها **(قال مالك)** في الصورة المذكورة: **(إذا كان البياض)** المذكور **(تبعاً للأصل وكان الأصل أعظم ذلك أو أكثره فلا بأس بمساقاته)**.

قال الزرقاني(١): وعلى ذلك تأويل الحديث في «المدونة» فقال مالك: وكان البياض في خيبر يسيراً بين أضعاف السواد، اهـ **(وذلك)** أي مقدار الكثرة **(أن يكون النخل الثلثين أو أكثر)** منهما **(ويكون البياض الثلث أو أقل من ذلك)** أي من الثلث أيضاً **(وذلك)** أي وجه الجواز فيه **(أن البياض حينئذٍ)** يعني إذا كان أقل **(تبع للأصل)** وذلك لما تقدم قريباً أن مساقاة الأرض البيضاء عند مالك تجوز إذا كان تبعاً للأصول التي تجوز فيها المساقاة، وتقدم اختلاف الأئمة في ذلك.

(قال مالك: وإذا كانت الأرض البيضاء فيها نخل أو كرم أو ما يشبه ذلك من الأصول) التي تجوز فيها المساقاة، لكن تكون البياض أكثر **(فكان الأصل)** الذي يساقى **(الثلث)** مثلاً **(أو أقل)** من الثلث أيضاً **(و)** يكون **(البياض الثلثين أو أكثر)**

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٧١).

جَازَ، فِي ذٰلِكَ، الْكِرَاءُ وَحَرُمَتْ فِيهِ الْمُسَاقَاةُ. وَذٰلِكَ أَنَّ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ أَنْ يُسَاقُوا الْأَصْلَ وَفِيهِ الْبَيَاضُ. وَتُكْرَى الْأَرْضُ وَفِيهَا الشَّيْءُ الْيَسِيرُ مِنَ الْأَصْلِ. ....

منهما فلا يجوز فيها المساقاة و **(جاز في ذلك الكراء)** يعني يجوز حينئذٍ أن يعطي الأرض على الكراء، وتدخل فيه الأشجار تبعاً وإن لم يجز كراؤها أصالة واستقلالاً **(وحرمت فيه)** حينئذٍ **(المساقاة)** وجعل في «الموطأ» الثلث في حَيّز القليل.

قال الزرقاني[1]: وهو المشهور، وقال الباجي: إن قصر عن الثلث جاز أن يكون تبعاً قولاً واحداً، أو كان زائداً من الثلث لم يجز ذلك قولاً واحداً، وأما الثلث فاختلف قوله فيه، فمرة جعله في حيز اليسير الذي يكون تبعاً، ومرة جعله في حيز الكثير الذي لا يكون تبعاً، وجه القول الأول أن كل موضع جعل الثلث فيه حدّاً بين ما يجوز وما لا يجوز، فإنه من جملة ما يجوز، كالوصية وهبة الزوجة، ووجه القول الثاني قوله ﷺ: «الثلث والثلث كثير»، اهـ.

(وذلك) أي وجه جواز الكراء ههنا وحرمة المساقاة ضد الصورة الأولى **(أن من أمر الناس)** أي من الأمر المعروف بين أهل العلم **(أن يساقوا الأصل)** الذي تجوز فيه المساقاة **(وفيه البياض)** القليل **(وتكرى الأرض)** فيما يجوز فيه الكراء **(وفيها الشيء اليسير من الأصل)** الذي يساقى ولا يتكارى.

قال الباجي[2]: يريد أن هذا أمر شائع دون نكير؛ لأن الضرورة إليه عامة لتعذر انفصال الأرض من الشجر والشجر من الأرض غالباً، وحاجة الناس إلى الاستنابة في عملها، فما جازت إجارته كانت فيه الإجارة، وإن كان فيه اليسير مما لا تجوز فيه الإجارة، وما جازت مساقاته كانت فيه المساقاة، وإن كان فيه اليسير مما تجوز فيه المساقاة، اهـ.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٧١).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٣٧).

أَوْ يُبَاعَ الْمُصْحَفُ أَوِ السَّيْفُ وَفِيهِمَا الْحِلْيَةُ مِنَ الْوَرِقِ بِالْوَرِقِ. أَوِ الْقِلَادَةُ أَوِ الْخَاتِمُ وَفِيهِمَا الْفُصُوصَ وَالذَّهَبُ بِالدَّنَانِيرِ. وَلَمْ تَزَلْ هٰذِهِ الْبُيُوعُ جَائِزَةٌ يَتَبَايَعُهَا النَّاسُ وَيَبْتَاعُونَهَا. وَلَمْ يَأْتِ فِي ذٰلِكَ شَيْءٌ مَوْصُوفٌ مَوْقُوفٌ عَلَيْهِ. إِذَا هُوَ بَلَغَهُ كَانَ حَرَاماً. أَوْ قَصُرَ عَنْهُ كَانَ حَلَالًا. وَالْأَمْرُ فِي ذٰلِكَ عِنْدَنَا الَّذِي عَمِلَ بِهِ النَّاسُ وَأَجَازُوهُ بَيْنَهُمْ، أَنَّهُ إِذَا كَانَ الشَّيْءُ مِنْ ذٰلِكَ الْوَرِقِ أَوِ الذَّهَبِ تَبَعاً لِمَا هُوَ فِيهِ، جَازَ بَيْعُهُ. وَذٰلِكَ أَنْ يَكُونَ النَّصْلُ أَوِ الْمُصْحَفُ أَوِ الْفُصُوصُ، قِيمَتُهُ الثُّلُثَانِ أَوْ أَكْثَرُ. وَالْحِلْيَةُ قِيمَتُهَا الثُّلُثُ أَوْ أَقَلُّ.

ثم ذكر نظير ذلك من مسائل البيوع، فقال: **(أو يباع المصحف أو السيف وفيهما الحلية)** اليسيرة **(من الورق)** أي الفضة **(بالورق)** متعلق بيباع **(أو)** يباع **(القلادة)** ما يعلق في العنق **(أو الخاتم)** أو غيرهما **(وفيهما الفصوص)** جمع فص مثلث الفاء **(والذهب)** وتباعان **(بالدنانير، ولم تزل هذه البيوع جائزة)** عند أهل العلم **(يتبايعها الناس ويبتاعونها)** بدون النكير عليهم **(ولم يأت في ذلك)** أي في تحديده **(شيء موصوف)** أي نص من كتاب ولا سنّة **(موقوف عليه)** أي يكون مداراً بحيث **(إذا هو بلغه)** أي بلغ هذا المقدار **(كان)** البيع **(حراماً أو قصر عنه)** أي عن هذا المقدار **(كان حلالاً)** وحينئذٍ فيرجع إلى عمل أهل المدينة المنورة ـ زادها الله شرفاً وكرامة ـ.

ولذا ذكر عملهم فقال: **(والأمر في ذلك عندنا الذي)** صفة لأمر **(عمل به الناس)** من أهل المدينة **(وأجازوه بينهم)** في التبايع **(أنه إذا كان الشيء من ذلك)** أي **(الورق أو الذهب تبعاً لما هو فيه)** من القلائد وغيرها، هكذا سياق النسخ المصرية، وسياق الهندية: إذا كان الشيء من ذلك فيه من الورق أو الذهب تبعاً لما هو فيه **(جاز بيعه وذلك)** أي الفاصل بين القلة والكثرة **(أن يكون النَّصْلُ)** من السيف **(أو المصحف أو الفصوص قيمته)** أي قيمة الأصل **(الثلثان أو أكثر)** منه **(والحلية)** التي فيها تكون **(قيمتها الثلث أو أقل)** منه أيضاً.

(٢) باب الشرط في الرقيق في المساقاة

واختلف أهل العلم في ذلك البيع هل يجوز أم لا؟ قال الموفق[١]: إن باع شيئاً فيه الربا، بعضه ببعض، ومعهما، أو مع أحدهما من غير جنسه كمدٍّ ودرهم بمدٍّ ودرهم، أو باع شيئاً مُحَلًّى بجنس حليته، فهذه المسألة تسمى مُدَّ عجوةٍ، والمذهب أنه لا يجوز ذلك، نص على ذلك أحمد في مواضع كثيرة، قال ابن أبي موسى في السيف المحلَّى، والمِنطقة، والمراكب المحلَّاة بجنس ما عليها: لا يجوز، قولاً واحداً، وروي هذا عن سالم والقاسم وشريح وابن سيرين، وبه قال الشافعي وإسحق وأبو ثور، وعن أحمد رواية أخرى تدل على أنه يجوز بشرط أن يكون المفردُ أكثرَ من الذي معه غيره، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه.

وقال حماد بن أبي سليمان، وأبو حنيفة: يجوز هذا كله إذا كان المفرد أكثر من الذي معه غيره، أو كان مع كل واحد منهما من غير جنسه، وقال الحسن: لا بأس ببيع السيف المحلَّى بالفضة بالدارهم، وبه قال الشعبي والنخعي، انتهى. وتقدم البسط في هذه المسألة في البيوع.

(٢) الشرط في الرقيق في المساقاة

يعني إذا شرط العامل في المساقاة أن يعمل معه رقيقُ رب المال، فماذا حكمه؟ قال ابن رشد[٢]: أجمعوا على أن ما كان في الحائط من الدواب والعبيد أنه ليس من حق العامل، واختلفوا في شرط العامل ذلك على المساقي، فقال مالك: يجوز ذلك فيما كان منها في الحائط قبل المساقاة، وأما إن اشترط فيها ما لم يكن في الحائط فلا يجوز، وقال الشافعي: لا بأس بذلك وإن لم يكن في الحائط، وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك، وقال

(١) «المغني» (٦/ ٩٢).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٤٨).

....

محمد بن الحسن: لا يجوز أن يشترطه العامل على رب المال، ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك.

ووجه كراهية ذلك ما يلحق في ذلك من الجهل بنصيب رب المال، ومن أجازه رأى أن ذلك تافهٌ ويسيرٌ، ولتردد الحكم بين هذين الأصلين استحسن مالك ذلك في الرقيق الذي يكون في الحائط في وقت المساقاة، ومنعه في غيرهم؛ لأن اشتراط المنفعة في ذلك أظهر، وإنما فرق محمد بن الحسن؛ لأن اشتراطهما على العامل هو من جنس ما وجب عليه من المساقاة، وهو العمل بيده، اهـ.

وقال الموفق[١]: إن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال، فهو كشرط عمل رب المال؛ لأن عملهم كعمله، وقال أبو الخطاب: فيه وجهان: **أحدهما**: ما ذكرنا، **والثاني**: يجوز لأن غلمانه ماله، فجاز أن تعمل تبعاً لماله كثور الدولاب، وأما رب المال لا يجوز جعله تبعاً، وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن، فإذا شرط غلماناً يعملون، فنفقتهم على ما يشترطان، فإن أطلقا ولم يذكرا نفقتهم فهي على رب المال، وبهذا قال الشافعي، وقال مالك: نفقتهم على المساقي، ولا ينبغي أن يشترطها على رب المال؛ لأن العمل على المساقي، فمؤنة من يعمل عليه كمؤنة غلمانه.

ولنا، أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الإطلاق، فإن شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها. وبه قال الشافعي، وقال محمد بن الحسن: يشترط تقديرها؛ لأنه اشترط عليه ما لا يلزمه، فوجب أن يكون معلوماً كسائر الشروط، انتهى.

وقال الدردير[٢]: لا تصح المساقاة باشتراط إخراج من في الحائط من

(١) «المغني» (٧/ ٥٤١).

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ٥٤٠).

١٤١٦/ ٣ ـ قَالَ يَحْيَىٰ: قَالَ مَالِكٌ: إِنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِي عُمَّالِ الرَّقِيقِ فِي الْمُسَاقَاةِ. يَشْتَرِطُهُمُ الْمُسَاقَى عَلَى صَاحِبِ الْأَصْلِ: إِنَّهُ لَا بَأْسَ بِذٰلِكَ. لِأَنَّهُمْ عُمَّالُ الْمَالِ. فَهُمْ بِمَنْزِلَةِ الْمَالِ. ....

رقيق أو دواب كانت موجودة فيها يوم العقد، فالمضر شرط إخراج ما كان موجوداً بخلاف ما لو أخرجها بلا شرط ولا باشتراط تجديد على العامل أو على رب الحائط لشيء من ذلك لم يكن موجوداً وقت العقد.

قال الدسوقي: أشار بهذا إلى أن المضر إنما هو الاشتراط، وأما التجديد لشيء لم يكن موجوداً في الحائط وقت العقد من غير شرط لم يضر كان المجدد العامل أو رب الحائط، قال الدردير: وتلزمه نفقة نفسه ونفقة دواب الحائط ورقيقه كانوا له أو لرب الحائط، اهـ.

١٤١٦/ ٣ ـ **(قال مالك: إن أحسن ما سمع)** هو **(في عمال الرقيق)**، كذا في النسخ المصرية، وفي الهندية «في عمل الرقيق» **(في المساقاة يشترطهم المساقى)** بفتح القاف **(على صاحب الأصل)** أي يشترط العامل على رب الأرض عمل الرقيق معه، فقال مالك فيه: **(إنه لا بأس بذلك)** أي جائز.

قال الباجي[1]: يريد الذين كانوا عماله وقت المساقاة، وقد قال مالك في «المدونة»: لا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط إخراجهم إلا أن يكونوا قد أخرجهم قبل ذلك، فعلى هذا يكون اشتراط العامل لهم على وجه رفع الإلباس، ويحتمل أن يكون على وجه إقرار رب الحائط أنهم في حائطه عند عقد المساقاة، اهـ.

قلت: وتقدم الضابط في ذلك قريباً في كلام الدردير **(لأنهم)** أي العبيد **(عُمَّالُ المال)** كانوا يعملون فيه قبل العقد **(فهم)** أيضاً **(بمنزلة المال)** الذي يساقى؛ لأن الأصل الذي يساقى هو مال رب الحائط، والعبيد أيضاً ماله،

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٣٨).

لَا مَنْفَعَةَ فِيهِمْ لِلدَّاخِلِ إِلَّا أَنَّهُ تَخِفُّ عَنْهُ بِهِمُ الْمَؤُونَةُ. وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا فِي الْمَالِ اشْتَدَّتْ مَؤُونَتُهُ. وَإِنَّمَا ذٰلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْمُسَاقَاةِ فِي الْعَيْنِ وَالنَّضْحِ. ....

وكانوا فيه قبل العقد، فصار كأن المال ألفي شجرة بدل ألف شجرة، هذا على ما في جميع النسخ الموجودة عندي من المصرية والهندية، ففيها كلها «بمنزلة المال» باللام في آخره.

وما يخطر في بال هذا الحقير المقرّ بالتقصير أن اللفظ «بمنزلة الماء» بالهمزة في آخره، والمعنى أن وجود العبيد في الحائط بمنزلة وجود العين فيه، ويؤيده ما سيأتي من تنظيره بالواثنة، وإليه يومىء كلام الباجي الآتي، لكن في نسخته أيضاً في الشرح والمتن معاً المال باللام (**لا منفعة فيهم**) أي في العبيد (**للداخل**) أي للعامل خاصة حتى يمنع الجواز (**إلا أنه تخف عنه بهم المؤونة**) أي لا منفعة فيهم للعامل سوى شيء من تخفيف العمل عليه بسببهم.

قال الباجي[1]: قوله: «لأنهم عمال المال فهم بمنزلة المال لا منفعة فيهم للداخل إلا بخفيف العمل» يريد أنهم كانوا عمال المال قبل ذلك إلى حين العقد، فظهور المال وقوته وكثرة عمارته إنما كان بعملهم ولهم فيه تأثير، فكانوا بمنزلة الماء الذي به صلاح الحائط ونماؤه، فلا يجوز لذلك إخراجهم من المال، لأن ذلك بمنزلة السقي وسائر ما يتصل الانتفاع به، اهـ.

(**وإن لم يكونوا**) أي العبيد (**في المال**) أي في الحائط (**اشتدت**) وزادت (**مؤونته**) أي مؤونة العامل لعدم المساعد (**وإنما ذلك**) أي نظير ذلك أنه (**بمنزلة المساقاة في العين**) أي مساقاة الحائط الذي فيه العين، (**والنضح**) بالضاد المعجمة أي الماء الذي يحمله الناضح وهو الجمل، فإن الأول تخف فيه المؤونة على العامل، والثاني تكثر، وتشتد فيه المؤونة، فكذا وجود العبيد في

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٤٠).

وَلَنْ تَجِدَ أَحَداً يُسَاقَى فِي أَرْضَيْنِ سَوَاءٍ فِي الْأَصْلِ وَالْمَنْفَعَةِ. إِحْدَاهُمَا بِعَيْنٍ وَاثِنَةٍ غَزِيرَةٍ. وَالْأُخْرَى بِنَضْحٍ عَلَى شَيْءٍ وَاحِدٍ. لِخِفَّةِ مُؤْنَةِ الْعَيْنِ. وَشِدَّةِ مُؤْنَةِ النَّضْحِ. قال: وَعلَى ذٰلِكَ، الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

الحائط وهم أيضاً مال رب الحائط بمنزلة وجود العين في الحائط لرب الحائط **(ولن تجد أحداً يساقى في أرضَين)** بالتثنية **(سواء)** ضبطه الزرقاني بالجر صفة أي مستويين **(في الأصل)** أي مقدار الأشجار **(والمنفعة)** الحاصلة من الأشجار **(إحداهما)** أي تسقى إحدى الأرضين **(بعين واثنة)** بواو فألف فمثلثة فنون آخره هاء أي دائمة لا تنقطع **(غزيرة)** صفة عين كثيرة الماء **(والأخرى)** أي وتسقى الأرض الأخرى **(بنضح)** بحرف الجر على المصدر في النسخ المصرية، وفي الهندية «ينضح» بالمثناة التحتية على صيغة المضارع، والأوجه الأول؛ لأنه كان ينبغي على الثاني أن تكون بالمثناة الفوقية **(على شيء واحد)** قال الزرقاني[١]: كبعير، اهـ. وعلى هذا فهو متعلق بنضح.

والأوجه عندي أنه متعلق لقوله: يساقى، يعني لن تجد أحداً يساقيهما على حصة واحدة، بل الذي يكثر فيه المشقة يزيد فيه نصيب العامل بخلاف الأخرى، فكذلك الأرض التي فيها الرقيق لا تساوي الأخرى الخالية عنها **(لخفة مؤنة العين)** في الأول **(وشدة مؤنة النضح)** في الأرض الثانية.

قال الباجي[٢]: يريد أن الأرضَيْن إذا تساوتا في طيب الأرض وقوة النخل وكثرة غلتهما، إلا أن إحداهما لسقيها نضح مأمون غزير لا يتكلف عمل في إخراجه والسقي به، والثانية سقيها نضح يتكلف فيه المؤنة يأخذهما نسقاً واحداً في عقدين إلا أن يأخذ أحدهما لمكان الآخر في عقد واحد، وذلك مما يدل على أن لخفة العمل وشدته تأثيراً مقصوداً في المساقاة، فلا يجوز أن يشترط منه إلا ما كان عليه الحائط يوم المساقاة، اهـ. **(قال)** مالك: **(وعلى هذا الأمر عندنا)** بالمدينة المنوّرة.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٧٣).

(٢) «المنتقى» (٦/ ١٤٠).

قَالَ: وَالْوَاثِنَةُ، الثَّابِتُ مَاؤُهَا، الَّتِي لَا تَغُورُ وَلَا تَنْقَطِعُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَيْسَ لِلْمُسَاقَى أَنْ يَعْمَلَ بِعُمَّالِ الْمَالِ فِي غَيْرِهِ. وَلَا أَنْ يَشْتَرِطَ ذٰلِكَ عَلَى الَّذِي سَاقَاهُ.

(قال مالك: والواثنة) المذكورة معناها **(الثابت ماؤها)** دائماً **(التي لا تغور ولا تنقطع)** قال الباجي: الرواية المشهورة عن يحيى وغيره الواتنة بالمثناة الفوقية، وقال أبو عبيد في «الغريبين»: الواتن الدائم، وفي الحديث أما تيماء، فعين جارية، وأما خيبر، فماء واتن، ولم يذكر واثناً بالثاء المعجمة بثلاث نقط، وحكى صاحب «العين»: الواثن المقيم بالثاء بثلاث نقط، ولم يذكر واتناً بالتاء بنقطتين، فعلى هذا تصح الروايتان، وأما ابن عمر فقال: وانية، ولم يذكر التفسير، اهـ.

(قال مالك: وليس للمساقى) بفتح القاف **(أن يعمل بعمال المال)** أي بعمال رب الحائط **(في غيره)** أي في غير حائط رب المال، قال الباجي. يريد من وجد في الحائط من الرقيق، فاشترطهم حين العقد أو وجب له ذلك بمجرده، فإنه ليس له أن يستعملهم في غير ذلك الحائط، يريد من حوائطه التي يملكها أو حائط رجل أجنبي اتخذها مساقاة أو عمل فيها بأجرة، وأما إن كان الرقيق للعامل فله أن يستعملهم حيث شاء ويستبدل بهم كيف [شاء]؛ لأنه إنما عليه العمل في الحائط على صفة معلومة، فعليه أن يأتي بها على كل حال ويعمل من شاء. **(ولا أن يشترط ذلك)** أي عملهم في غير حائط رب المال **(على الذي ساقاه)**.

قال الباجي[1]: يريد أنه لا يجوز له أن يفعل ذلك بغير شرط في العقد، فإن فعل منع من ذلك ولا يفسد العقد ولا يتغير شيء منه، ولا يجوز أن يشترط ذلك، زاد في «الواضحة»: ويفسد هذا الشرط المساقاة؛ لأن اشتراط الزيادة فيها ينافي صحتها، اهـ.

---

(١) «المنتقى» (٦/ ١٤٠).

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَجُوزُ لِلَّذِي سَاقَى أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ رَقِيقاً يَعْمَلُ بِهِمْ فِي الْحَائِطِ. لَيْسُوا فِيهِ حِينَ سَاقَاهُ إِيَّاهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَنْبَغِي لِرَبِّ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى الَّذِي دَخَلَ فِي مَالِهِ بِمُسَاقَاةٍ، أَنْ يَأْخُذَ مِنْ رَقِيقِ الْمَالِ أَحَداً يُخْرِجُهُ مِنَ الْمَالِ. وَإِنَّمَا مُسَاقَاةُ الْمَالِ عَلَى حَالِهِ الَّذِي هُوَ عَلَيْهِ.

قَالَ: فَإِنْ كَانَ صَاحِبُ الْمَالِ يُرِيدُ أَنْ ....

قلت: وعمال رب الحائط ملك له فظاهر أن لا حق للعامل أن يستعملهم في غير حائط رب المال، وهذا ظاهر لا يخفى، ولم أعرف فيه خلافاً لأحد.

(قال مالك: ولا يجوز للذي ساقى) أي العامل **(أن يشترط على رب المال رقيقاً)** كي **(يعمل)** العامل **(بهم)** أي بالرقيق **(في الحائط)** والحال أنهم **(ليسوا فيه)** أي لم يكونوا في الحائط **(حين ساقاه إياه)** لأن ذلك زيادة ازدادها العامل على رب الحائط.

(قال مالك: و) كذلك **(لا ينبغي)** أي لا يجوز **(لرب المال أن يشترط على الذي دخل في ماله بمساقاة)** وهو العامل **(أن يأخذ)** رب المال **(من رقيق المال أحداً)** من الغلمان **(يخرجه)** رب المال تفسير لقوله: يأخذ **(من المال)** **(و)**ذلك لأنه **(إنما مساقاة المال على حاله التي)** كان **(هو)** المال **(عليها)** عند العقد، قد تقدم ذلك في أول الباب مع اختلاف الأئمة في ذلك مفصلاً.

قال الزرقاني[1] تبعاً للباجي: وذلك لأن المساقاة مبنية على منافاة ازدياد أحدهما على ما عقد إلا أن مالكاً جَوَّزَ للعامل شرط اليسير، كعبد ودابة في الحائط الكبير لا الصغير؛ لأن فيه شرط جميع العمل حينئذٍ، اهـ. قلت: وبسط فروع ذلك الباجي.

(قال مالك) وهذا تكملة للكلام السابق **(فإن كان صاحب المال يريد أن**

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٧٣).

يُخْرِجَ مِنْ رَقِيقِ الْمَالِ أَحَداً، فَلْيُخْرِجْهُ قَبْلَ الْمُسَاقَاةِ. أَوْ يُرِيدُ أَنْ يُدْخِلَ فِيهِ أَحَداً، فَلْيَفْعَلْ ذٰلِكَ قَبْلَ الْمُسَاقَاةِ. ثُمَّ لْيُسَاقِ بَعْدَ ذٰلِكَ إِنْ شَاءَ.

قَالَ: وَمَنْ مَاتَ مِنَ الرَّقِيقِ أَوْ غَابَ أَوْ مَرِضَ، فَعَلَى رَبِّ الْمَالِ أَنْ يُخْلِفَهُ.

يخرج من رقيق المال أحداً، فليخرجه قبل عقد **(المساقاة أو يريد)** رب المال **(أن يدخل فيه أحداً فليفعل ذلك)** أي الإدخال والإخراج **(قبل المساقاة)** أي قبل العقد **(ثم ليساق بعد ذلك إن شاء)** لأن عقد المساقاة لا بد أن يكون على ما كان عليه عند العقد.

(قال: ومن مات من الرقيق) التي كانت عند العقد **(أو غاب)** عن الحائط **(أو مرض فعلى رب المال أن يخلفه)** أي يعطي العامل خلفاً وبدلاً له؛ لأن المساقاة انعقدت عليه، فإذا تعذر عملهم لوجه، فلا بد على رب المال من الخلف؛ لئلا يشتد العمل على العامل أكثر مما كان عليه عقد المساقاة.

(كمل كتاب المساقاة بحمد الله ويتلوه كتاب كراء الأرض) هكذا في النسخ الهندية، وليس في النسخ المصرية، إلا كتاب كراء الأرض فقط.

بسم الله الرحمٰن الرحيم

٣٦ ـ كتاب كراء الأرض

(١) باب ما جاء في كراء الأرض

بسم الله الرحمٰن الرحيم

(٣٦) كتاب كراء الأرض

(١) ما جاء في كراء الأرض

قال ابن رشد[1]: أما كراء الأرضين فاختلفوا فيها اختلافاً كثيراً، فقوم لم يجيزوا ذلك بتةً، وهم الأقل، وبه قال طاووس وأبو بكر بن عبد الرحمن، وقال الجمهور بجواز ذلك، واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها، فقال قوم: لا يجوز كراؤها إلا بالدراهم والدنانير فقط، وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب، وقال قوم: يجوز كراؤها بكل شيء ما عدا الطعام سواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن، وما عدا ما ينبت فيها كان طعاماً أو غيره، وإلى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه.

وقال آخرون: يجوز كراؤها بما عدا الطعام فقط، وقال آخرون: يجوز كراء الأرض بكل العروض والطعام وغير ذلك ما لم يكن بجزء مما يخرج منها من الطعام. وممن قال به سالم بن عبد الله وغيره من المتقدمين، وهو قول الشافعي، وظاهر قول مالك في «الموطأ»، وقال قوم: يجوز كراؤها بكل شيء وبجزء مما يخرج منها، وبه قال أحمد والثوري والليث وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى والأوزاعي وجماعة.

وعمدة من لم يجز كراءها بحال، ما روى مالك بسنده عن رافع بن

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٢١).

....

خديج «أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع»(١)، قالوا: وهذا عام، وهؤلاء لم يلتفتوا إلى ما روى مالك من تخصيص الراوي له حين سأله حنظلة عن كرائها بالذهب والورق، فقال: لا بأس به، وروي هذا عن رافع وابن عمر، وأخذ بعمومه، وكان ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ قبلُ يُكْري أرضَه، فترك، وهذا بناءً على رأي من يرى أنه لا يخصص العموم بقول الراوي، وروي عن رافع بن خديج قال: «نهى رسول الله ﷺ عن إجارة الأرضين».

قال ابن عبد البر: واحتجُّوا أيضاً بحديث جابر قال: خطبنا رسول الله ﷺ «من كانت له أرض فَليَزْرَعْها، أو لِيُزْرِعْها، ولا يُؤاجِرها»، فهذه جملة الأحاديث التي استدل بها من لم يجز كراءها، وقالوا أيضاً من جهة المعنى: إنه لم يجز كراؤها لما في ذلك من الغرر؛ لأنه ممكن أن يصيب الزرعَ جائحة، فقد لزمه كراؤها من غير أن ينتفع من ذلك بشيء، قال القاضي: ويشبه أن يقال في هذا: إن المعنى في ذلك قصد الرفق بالناس لكثرة وجود الأرض كما نهى عن بيع الماء، ووجه الشبه بينهما أنهما أصلا الخلقة.

وأما عمدة من لم يجز كراءها إلا بالدراهم والدنانير، فحديث رافع مرفوعاً: «إنما يزرعُ ثلاثةٌ: رجلٌ له أرض فيزرعها، ورجل مُنِحَ أرضاً فهو يزرع ما مُنِحَ، ورجل اكترى بذهب أو فضة»، قالوا: فلا يجوز أن يتعدى ما في هذا الحديث، والأحاديث الأخر مطلقة، وهذا مقيد، ومن الواجب حمل المطلق على المقيد.

وعمدة من أجاز كراءها بكل شيء ما عدا الطعام. حديث رافع مرفوعاً: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه، ولا يُكْرِها بثلث ولا ربع ولا بطعام معين»، قالوا: وهذا هو معنى المحاقلة التي نهى عنه رسول الله ﷺ،

(١) أخرجه البخاري في المزارعة (٢٣٢٧)، و«فتح الباري» (٥/٩).

....

قالوا: وأيضاً هو من باب بيع الطعام بالطعام نسيئة، وعمدة من لم يجز كراءها بالطعام، ولا بشيء مما يخرج منها، أما بالطعام فحجته حجة من لم يجز كراءها بالطعام، وأما حجته على منع كرائها مما تنبت، فهو ما ورد من نهيه ﷺ عن المخابرة، قالوا: وهي كراء الأرض بما يخرج منها، وهذا قول مالك وكل أصحابه.

وعمدة من أجاز كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها أنه كراء منفعة معلومة بشيء معلوم، فجاز قياساً على إجارة سائر المنافع، وكان هؤلاء ضعفوا أحاديث رافع، روي عن سالم وغيره أنهم قالوا: اكترى رافع، قالوا: وقد جاء في بعض الروايات عنه ما يجب أن يحمل عليه سائرها، قال: كنا أكثر أهل المدينة حقلاً، وكان أحدنا يكري أرضه، ويقول: هذه القطعة لي وهذه لك، وربما أخرجت هذه، ولم تخرج هذه، فنهاهم النبي ﷺ، خرجه البخاري. وأما من لم يجز كراءها بما يخرج منها، فعمدته، النظر والأثر.

أما الأثر فما ورد من النهي عن المخابرة، وما ورد من حديث ظهير قال: «نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان بنارفقا»، الحديث. وفيه قلنا: نؤاجر على الربع وعلى الأوسق من التمر والشعير، فقال رسول الله ﷺ: «لا تفعلوا، ازرعوها، أو زارعوها أو أمسكوا»، وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الإمامان البخاري ومسلم.

وأما من أجاز كراءها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت «أن رسول الله ﷺ دفع إلى يهود نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة» قالوا: وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع؛ لأنها مضطربة المتون، وإن صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهة لا على الحظر، بدليل ما أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس أنه قال: إن

....

النبي ﷺ لم ينه عنها، ولكن قال: «إن يمنح أحدكم أخاه يكن خيراً له من أن يأخذ منه شيئاً»، قالوا: وقدم معاذ بن جبل اليمن حين بعثه رسول الله ﷺ، وهم يخابرون فأَقَرَّهم، اهـ مختصراً.

وقال الموفق[١]: تجوز المزارعة ببعض ما يخرج، ومعنى المزارعة: دفعُ الأرض إلى من يزرعها ويعمل عليها، والزرع بينهما، وهي جائزةٌ في قول كثير من أهل العلم، قال البخاري: قال أبو جعفر: ما بالمدينة أهلُ بيتٍ إلا ويزرعون على الثلث والربع، وزَارَع عليٌّ وسعدٌ وابنُ مسعود وعمر بن عبد العزيز وغيرهم كما تقدم قريباً في كلامه.

قال: وأما ما احتجُّوا به فالجواب من حديث رافع من أربعة وجوهٍ: **أحدها**: أنه قد فسر المنهيّ عنه في حديثه بما لا يختلف في فساده، قال: كنا من أكثر الأنصار حقلاً، فكنا نُكْري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه، الحديث، متفق عليه، وهذا خارج عن محل الخلاف، فلا دليل فيه عليه ولا تعارض بين الحديثين.

الثاني: أن حديثه ورد في الكراءِ، بثلثٍ أو ربع، والنزاع في المزارعة، ولم يدل حديثه عليها أصلاً، وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضاً؛ لأن القصة واحدة.

الثالث: أن أحاديث رافع مضطربةٌ جداً، **الرابع**: لو قدر صحة خبر رافع، وامتنع تأويله، وتعذر الجمع لوجب حمله، على أنه منسوخ؛ لأنه لا بد من نسخ أحد الخبرين، ويستحيل القول بنسخ حديث خيبر لكونه معمولاً به من جهة النبي ﷺ إلى موته، ثم من بعده إلى عصر التابعين.

ثم قال[٢] بعد بسط القول في صحة المزارعة: وتجوز إجارة الأرض

---

(١) «المغني» (٧/ ٥٥٨).

(٢) (٧/ ٥٦٩).

....

بالورق والذهب وسائر العروض سوى المطعوم في قول أكثر أهل العلم، قال أحمد: قلما اختلفوا في الذهب والفضة، وقال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن اكتراء الأرض وقتاً معلوماً جائز بالذهب والفضة، روينا هذا القول عن سعيد ورافع بن خديج وابن عمر وابن عباس، وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم وسالم ومالك والليث والشافعي وإسحق وأبو ثور وأصحاب الرأي، وروي عن طاووس والحسن كراهة ذلك، لما روى رافع «أن النبي ﷺ نهى عن كراء الأرض».

ولنا، أن رافعاً قال: أما بالذهب والفضة فلا بأس، متفق عليه، وعن سعد قال: «كنا نُكْرِي الأرضَ بما على السواقي، فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك، وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة»، رواه أبو داود.

وأما حديثهم فقد فسره الراوي بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره، وحديثنا مفسِّرٌ لحديثهم، فإن راويهما واحد، وأما إجارتها بطعام فتنقسم ثلاثة أقسام: **أحدها**: أن يؤجرها بمطعوم غير الخارج منها معلوم، فيجوز، نَصَّ عليه أحمدُ، وهو قول أكثر أهل العلم، منهم سعيد بن جبير، وعكرمة، والنخعي، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، ومنع منه مالكُ، حتى منع إجارتها، باللَّبَنِ والعسل.

وقد رُوي عن أحمد أنه قال: ربما تَهَيَّبْتُه، قال القاضي: وهذا من أحمد على سبيل الورع، ومذهبه الجواز، والحجة لمالك ما روى رافع عن بعض عمومته قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له أرض فلا يكريها بطعام مسمى»، رواه أبو داود وابن ماجه[١]، وروى أبو سعيد قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة» والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة.

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٩٥)، وابن ماجه (٢٤٦٥).

....

ولنا، قول رافع: فأما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به، وحديث رافع قد سبق الكلام عليه في المزارعة، وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة إذا اكتراها لزرع الحنطة.

الثاني: إجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كإجارتها بقفزان حنطة لزرعها، فقال أبو الخطاب: فيها روايتان: إحداهما، المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهباً وهي قول مالك، والثانية، جواز ذلك اختارها أبو الخطاب، وهو قول أبي حنيفة والشافعي.

والثالث: إجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث، فالمنصوص عن أحمد جوازه. وهو قول أكثر الأصحاب، واختار أبو الخطاب أنها لا تصح، وهو قول أبي حنيفة والشافعي، وهو الصحيح، إن شاء الله لما تقدم من الأحاديث في النهي من غير معارض لها، ولأنها إجارة بعوض مجهول، فلم تصح كإجارتها بثلث ما يخرج من الأرض الأخرى، ولأنه لا نص في جوازها، ولا يمكن قياسها على المنصوص، فإن النصوص وردت بالنهي عن إجارتها بذلك، ولا نعلم في تجويزها نصاً، والمنصوص على جوازها إجارتها بذهب أو فضة أو شيء مضمون معلوم، وليست هذه كذلك، وأما نص أحمد في الجواز فيتعين حمله على المزارعة بلفظ الإجارة، فيكون حكمها حكم المزارعة في جوازها، ولزومها، وسائر أحكامها، اهـ مختصراً.

وقال الأبي:(١) منع الحسن وطاووس كراء الأرض البتة لحديث جابر عند مسلم: «نهى رسول الله ﷺ عن كراء الأرض»، ولنهيه ﷺ عن المحاقلة، وفسرها الراوي بكراء الأرض فعَمَّ، والمشهور عندنا منعه بالطعام، وإن لم تنبته، كالعسل واللبن، وبما تنبته كالقطن والكتان والزعفران ما عدا الخشب والحطب.

(١) «إكمال إكمال المعلم» (٤/ ٢١٥).

١٤١٧/ ١ ـ **حدّثنا** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمٰنِ، عَنْ حَنْظَلَةَ بْنِ قَيْسٍ الزُّرَقِيِّ، عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَىٰ عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ.

أخرجه مسلم في: ٢١ ـ كتاب البيوع، ١٩ ـ باب كراء الأرض بالذهب والورق، حديث ١١٥.

وقال ابن نافع: يجوز بكل شيء وبالطعام ما عدا الحنطة، وأخواتها، إذا كان ما تكرى به خلاف ما يزرع فيها، وقال ابن كنانة: لا تكرى بما إذا أعيد فيها نبت، ولا بأس بغيرها طعاماً كان أو غيره ونسبه إلى مالك، اهـ.

١٤١٧/ ١ ـ **(مالك، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن)** الرأي **(عن حنظلة بن قيس)** بن عمرو بن حصن بن خلدة **(الزرقي)** الأنصاري من رواة الستة إلا الترمذي، ذكره ابن عبد البر في الصحابة جانحاً لقول الواقدي: إنه ولد على عهد النبي ﷺ **(عن رافع بن خديج)** الأنصاري **(أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع)** جمع مزرعة، وهي مكان الزرع، وظاهره منع كرائها مطلقاً، وإليه ذهب الحسن وطاووس وأبو بكر الأصم، قال الحافظ[١]: قال طاووس، وطائفة قليلة: لا يجوز كراء الأرض مطلقاً، وذهب إليه ابن حزم، وقوّاه واحتج له بالأحاديث المطلقة في ذلك، اهـ.

وقال الباجي[٢]: ذهب إليه طاووس في أحد قوليه، وذهب فقهاء الأمصار إلى تجويز ذلك، ووجهه أن الراوي للمنع باللفظ العام لم ينقل لفظ النبي ﷺ وإنما أخبره عنه، وهو الذي أخبر بأن ذلك مقصور على غير الذهب والفضة، اهـ.

قال الزرقاني[٣]: وقد تأول مالك وأكثر أصحابه أحاديث المنع على كرائها بالطعام أو بما تنبته كقطن وكتان، اهـ.

---

(١) «فتح الباري» (٥/ ٢٥).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٤٣).

(٣) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٧٤).

قَالَ حَنْظَلَةُ: فَسَأَلْتُ رَافِعَ بْنَ خَدِيجٍ، بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ؟ فَقَالَ: أَمَّا بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ، فَلَا بَأْسَ بِهِ.

٢/١٤١٨ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ؛ أَنَّهُ قَالَ: سَأَلْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ عَنْ كِرَاءِ الْأَرْضِ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ؟ فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ.

(قال حنظلة: فسألت رافع بن خديج) أنُهِيَ عن كرائها **(بالذهب والورق)** أيضاً، ولعل منشأ السؤال تجويز العامة ذلك **(فقال)** رافع: **(أما بالذهب والورق فلا بأس به)** يحتمل أنه قال ذلك اجتهاداً، أو علم ذلك بالنص على جوازه، أو علم أن النهي عنه ليس على إطلاقه بل بما إذا كان بشيء مجهول ونحو ذلك، فاستنبط منه جوازه بالذهب والفضة.

ويرجح كونه مرفوعاً ما أخرجه أبو داود والنسائي بإسناد صحيح عن ابن المسيب عن رافع قال: «نهى ﷺ عن المحاقلة والمزابنة، وقال: إنما يزرع ثلاثة: رجل له أرض ورجل منح أرضاً، ورجل اكترى أرضاً بذهب أو فضة». لكن بَيَّنَ النسائي من وجه آخر أن المرفوع منه النهي عن المحاقلة والمزابنة، وأن بقيته مدرج من كلام ابن المسيب، كذا في «الفتح»(١).

وفي «المحلى»: أما ما رواه الترمذي من طريق مجاهد عن رافع بن خديج في النهي عن كراء الأرض ببعض خراجها، أو بالدراهم فقد أعَلَّه النسائي بأن مجاهداً لم يسمعه من رافع، قال الحافظ: وفي إسناده أبو بكر بن عياش، وفي حفظه مقال، اهـ.

٢/١٤١٨ ـ **(مالك، عن ابن شهاب)** الزهري **(أنه قال: سألت سعيد بن المسيب عن كراء الأرض بالذهب والورق؟ فقال: لا بأس بذلك)** ولعل المصنف أشار بذلك إلى أن جوازه مستمرٌّ إلى زمن التابعين، وفي «المحلى»: قال

---

(١) انظر: «فتح الباري» (٥/٢٦).

٣/١٤١٩ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ؛ أَنَّهُ سَأَلَ سَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ؟ فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِهَا. بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ.

قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: فَقُلْتُ لَهُ: أَرَأَيْتَ الْحَدِيثَ الَّذِي يُذْكَرُ عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ؟ فَقَالَ: أَكْثَرَ رَافِعٌ. ....

ابن المنذر: إن الصحابة أجمعوا على جواز كراء الأرض بالذهب والفضة، وقد نقل ابنُ بطال اتفاق فقهاء الأمصار عليه، اهـ.

٣/١٤١٩ ـ **(مالك عن ابن شهاب)** الزهري **(أنه سأل سالم بن عبد الله بن عمر عن كراء المزارع)** جمع مزرعة **(فقال: لا بأس بها)** أي يجوز **(بالذهب والورق. قال ابن شهاب: فقلت له)** أي لسالم **(أرأيت)** أي هل عرفت أو بمعنى أخبرني **(الحديث الذي يذكر)** ببناء المجهول **(عن رافع بن خديج)** في النهي عن كراء المزارع مطلقاً **(فقال)** سالم: **(أكثر)** بفعل الماضي من الإكثار **(رافع بن خديج)** قال الزرقاني[1]: أي أتى بكثير موهم بغير المراد، وكأنه لم يبلغه إخبار رافع بجوازه بالذهب والفضة، اهـ.

قلت: وهو ما روي في «الصحيحين» من رواية حنظلة عن رافع في النهي عنه، وفي آخره فقلت لرافع: كيف هي بالدنانير والدراهم؟ فقال رافع: لا بأس بها بالدنانير والدراهم، وفي «المحلى»: أكثر رافع، فلم يفرق في النهي بين الكراء ببعض ما يخرج من الأرض، وبين الكراء في النقد، فالنهي إنما هو عن الأول، اهـ.

وقال الباجي[2]: يريد أنه رُوِي من النهي ما منع منه وما لم يمنع، وأن النهي إنما توجه إلى منفعة بغير الذهب والورق، لكن رواه بلفظ العموم أو نقل

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٧٥).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٤٣).

وَلَوْ كَانَ لِي مَزْرَعَةٌ أَكْرَيْتُهَا.

١٤٢٠/ ٤ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ، أَنَّهُ بَلَغَهُ؛ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمٰنِ بْنَ عَوْفٍ، تَكَارَى أَرْضاً. فَلَمْ تَزَلْ فِي يَدَيْهِ بِكِرَاءٍ حَتَّى مَاتَ. قَالَ ابْنُهُ: فَمَا كُنْتُ أُرَاهَا إِلَّا لَنَا، مِنْ طُولِ مَا مَكَثَتْ ....

اللفظ على ما سمعه، ولم ينقل معه ما يمنع حمله على العموم من العرف والعادة أو ما يوجب التخصيص.

ويدل عليه قوله: **(ولو كانت لي مزرعة)** اسم ظرف أي أرض تزرع **(أكريتها)** من الإفعال في النسخ المصرية، والافتعال في الهندية.

قال الباجي: على معنى تجويز الكراء في الجملة، لا على معنى تجويز كرائها بكل عوض، وإنما يقتضي ذلك أنه يرى اكتراءها جائزاً في الجملة، اهـ.

ولفظ البخاري برواية جويرية عن مالك عن الزهري أن سالماً أخبره، قال: أخبر رافع عبد الله بن عمر أن عميه وكانا شهدا بدراً أخبراه أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع، قلت لسالم: فتكريها أنت؟ قال: نعم، إن رافعاً أكثر على نفسه.

قال العيني: هذا إنكار من سالم على رافع، قال الكرماني: فإن قلت: رافع رفع الحديث إلى رسول الله ﷺ فلم قال: هو أكثر على نفسه؟ قلت: لعل غرضه أنه لا يفرق بين الكراء ببعض ما يحصل من الأرض والكراء بالنقد، ونحوه، والأول هو المنهيُّ عنه لا مطلقاً، اهـ.

١٤٢٠/ ٤ ـ **(مالك، أنه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف)** أحد العشرة **(تكارى أرضاً)** بفتح المثناة الفوقية والراء أي أخذها بالكراء **(فلم تزل)** الأرض **(في يديه)** وتصرفه **(بكراء كان)** يؤديه **(حتى مات قال ابنه)** أبو سلمة أو حميد، قاله الزرقاني، واقتصر صاحب «المحلى» على الأول **(فما كنت أراها)** بضم الهمزة أي أظن الأرض المذكورة **(إلا)** مملوكة **(لنا من طول ما مكثت)** الأرض

فِي يَدَيْهِ. حَتَّى ذَكَرَهَا لَنَا عِنْدَ مَوْتِهِ. فَأَمَرَنَا بِقَضَاءِ شَيْءٍ كَانَ عَلَيْهِ مِنْ كِرَائِهَا. ذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ.

(في يديه) أي الوالد **(حتى ذكرها لنا عند موته)** أنها بالكراء عنده **(فأمرنا بقضاء شيء كان عليه)** أي بقي على ذمته **(من كرائها)** بيان لشيء **(ذهب أو ورق)** بالشك من الراوي بالجر بدل عن شيء.

قال الباجي[1]: يحتمل أنه كان اكتراها مساقاة، وذلك بأن يكريها منه بدينار في كل عام، ولا يحد في ذلك أعواماً، ولكنه يطلق فيها القول، وهذا عند مالك جائز، ومنع منه الشافعي، وقال: هو باطل، والدليل على ما نقوله قوله ﷺ ليهود: «نقركم على ذلك ما شئنا»، وهذا نص في موضع الخلاف.

ومن جهة المعنى أن ما جاز العقد على واحد منه غير معين جاز العقد على جملة منه غير مقدرة، كما لو قال: أشتري منك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، وإذا ثبت ذلك فإنما يلزم الكراء لما مضى، وللمكتري أن يخرج متى شاء، ولصاحب الأرض أن يخرجه متى شاء، رواه عيسى عن ابن القاسم في «العتبية»؛ لأن عدم التقدير ينافي اللزوم، ولا يلزم منه إلا وجيبة واحدة في المشهور من المذهب، اهـ.

وهذا ينافي ما تقدم في أول الباب في قصة خيبر من قول الأبي: إن المساقاة إلى أجل مجهول لا تجوز عند مالك والشافعي، والأكثر، ويؤيده، ما قال ابن رشد[2]: أما الوقت الذي هو شرط في مدة المساقاة، فإن الجمهور على أنه لا يجوز أن يكون مجهولاً، أعني مدة غير مؤقتة، وأجاز طائفةٌ أن يكون إلى مدة غير مؤقتة، منهم أهل الظاهر.

وعمدة الجمهور، ما يدخل في ذلك من الغرر قياساً على الإجارة، وعمدة أهل الظاهر ما وقع في مرسل مالك من قوله ﷺ: «أقركم على ما أقركم الله»، اهـ.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٤٤).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٤٩).

١٤٢١/ ٥ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّهُ كَانَ يُكْرِي أَرْضَهُ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ.

وَسُئِلَ مَالِكٌ: عَنْ رَجُلٍ أَكْرَى مَزْرَعَتَهُ بِمِائَةِ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ. أَوْ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنَ الْحِنْطَةِ أَوْ مِنْ غَيْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا؟ فَكَرِهَ ذٰلِكَ.

اللَّهم إلا أن يقال: إن الأصل فيه أن لا يجوز إلا مدة معينة، لكن لما شرع العامل في عمل سنة لزمته تلك السنة، كما تقدم هناك من كلام الباجي.

١٤٢١/ ٥ ـ **(مالك، عن هشام بن عروة، عن أبيه أنه كان يكري)** بضم أوله **(أرضه)** أي يعطيها بالكراء **(بالذهب والورق)** وقد عدَّ البخاري عروة فيمن يزرعون على الثلث والربع، قال الحافظ[1]: وأثر عروة وهو ابن الزبير وصله ابن أبي شيبة، قلت: وهذا لا ينافي ما في الباب فإنه لعله كان يعطي أرضه بالكراء على العين، وعلى الثلث أو الربع معاً فلا منافاة.

(وسئِلَ) ببناء المجهول **(مالكٌ عن رجل أكرى)** بفتح الهمزة **(مزرعته بمائة صاع من تمر)** مثلاً **(أو مما يخرج منها)** أي من الأرض عطف على من تمر **(من الحنطة)** مثلاً بيان لما يخرج **(أو من غير ما يخرج منها)** من الطعام كاللبن والعسل **(فكره ذلك)** مالك، وهذا مبنيٌ على ما تقدم من مذهب الإمام مالك أنه لا يجوز كراؤها بالطعام أو بما تنبته الأرض، وتقدم خلاف الأئمة في ذلك في أول الباب، وتقدم أيضاً أقوال فيها للمالكية أيضاً.

والمرجح ما قال الدردير[2]: وفسد كراء الأرض صالحة لزراعة بطعام، سواء أنبتته كالقمح أو لم تنبته كاللبن أو بما تنبته غير طعام كقطن وكتّان وعصفر وزعفران وتبن، إلا أن يكون ما تنبته كخشب وحطب وقصب فارسي وعود هندي وصندل من كل ما يطول مكثه فيها، حتى يعدَّ كأنه أجنبي منها فيجوز، اهـ.

(تم كتاب الكراء) كذا في النسخ الهندية، وليس هذا في النسخ المصرية.

---

(١) «فتح الباري» (٥/ ١١).

(٢) «الشرح الكبير» (٤/ ٧).

بسم الله الرحمٰن الرحيم

٣٧ ـ كتاب الشفعة

(٣٧) كتاب الشفعة

بضم المعجمة وسكون الفاء، وغلط من حركها كذا في «الفتح»[١]، وقال العيني: قال صاحب «تثقيف اللسان»: الفقهاء يضمون الفاء، والصواب الإسكان، وعلى هذا لا ينبغي أن ينسب الفقهاء إلى الغلط صريحاً لرعاية الأدب، وكان ينبغي أن يقال: الصواب الإسكان .اهـ.

وفي «القهستاني»: هي لغةً فعلة بالضم بمعنى المفعول، اسم للملك المشفوع بملك. وفي «الدر المختار»[٢]: هي لغةً الضم، قال ابن عابدين: أفاد في «المغرب» استعمالها في المعنيين، وأنه لم يسمع من الشفعة فعل. وأما قولهم: الدار التي يشفع بها، فمِن استعمال الفقهاء، اهـ.

قال العيني[٣]: اختلف في اشتقاقها في اللغة على أقوال، إما من الضم أو الزيادة أو التقوية أو الإعانة أو الشفاعة، وكل ذلك يوجد في حق الشفيع، اهـ. والأكثر قالوا: هي من الضم لغةً، قال الزرقاني[٤]: هي لغة الضم على الأشهر من شفعت الشيء ضممته، فهو ضَمُّ نصيبٍ إلى نصيب، وقيل: من الشفع ضد الوتر؛ لأنه ضَمَّ نصيب شريكه إلى نصيبه. وقيل: من الزيادة؛ لأنه يزيد ما يأخذه إلى ماله. وقيل: من الشفاعة؛ لأنه يتشفع بنصيبه إلى نصيب صاحبه. وقيل: لأنهم كانوا إذا باع الشريك حصته أتى المجاور شافعاً إلى المشتري ليوليه ما اشتراه وهذا أظهر، اهـ.

(١) انظر: «فتح الباري» (٤/ ٤٣٦).

(٢) (٩/ ٣٦١).

(٣) «عمدة القاري» (٨/ ٥٩٢).

(٤) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٧٦).

....

قال الزيلعي: مأخوذ من الشفع، وهو الضم ضد الوتر، ومنه شفاعة النبي ﷺ للمذنبين؛ لأنه يضمُّهم بها إلى الفائزين، يقال: شفع الرجل شفعاً إذا كان فرداً فصار ثانياً. والشفيع يضم المأخوذ إلى ملكه فلذلك سمي شفعة، اهـ.

وقال ابن حزم: هي لفظة شرعية لم تعرف العرب معناها قبل رسول الله ﷺ، كما لم يعرفوا معنى الصلاة والزكاة ونحوهما حتى بينها الشارع كذا في «العيني».

ثم اختلف في معناها شرعاً أيضاً. قال الكرماني: الشفعة في الاصطلاح تملكٌ قهريٌّ في العقار بعوض يثبت على الشريك القديم للحادث، وقيل: هو تملك العقار على مشتريه جبراً بمثل ثمنه، وقال أصحابنا: هي تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه، كذا في «العيني»[١].

وقال الحافظ[٢]: هي في الشرع انتقال حصة شريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبي بمثل العوض المسمى. وقال الزرقاني: هي شرعاً استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمن، اهـ. ولم يختلف الفقهاء في مشروعيتها حتى حكى الإجماع عليه غير واحد من نقلة المذاهب، وقال الحافظان ابن حجر والعيني: لم يختلف العلماء في مشروعيتها إلا ما نقل عن أبي بكر الأصم من إنكارها، اهـ.

قال الموفق[٣]: هي ثابتة بالسنة والإجماع، أما السنة فما روي عنه أنه ﷺ قضى بالشفعة في الروايات، وأما الإجماع فقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط،

---

(١) «عمدة القاري» (٨/ ٥٩٢).

(٢) «فتح الباري» (٤/ ٤٣٦).

(٣) «المغني» (٧/ ٤٣٥).

(١) باب ما تقع فيه الشفعة

ولا نعلم أحداً خالف هذا إلا الأصم، فإنه قال: لا تثبت الشفعة؛ لأن في ذلك إضراراً بأرباب الأملاك، فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه، ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك، وهذا ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والإجماع المنعقد قبله، اهـ.

بسم الله الرحمٰن الرحيم

هكذا في جميع النسخ الهندية والمصرية من تأخير التسمية عن الكتاب إلا في نسخة «المنتقى» ففيها تقديم التسمية على الكتاب. قال الزرقاني[١]: تقدم غير ما مرة أن الإمام تارة يقدم البسملة على كتاب، وتارة يؤخرها عنه تفنناً، اهـ.

(١) ما يقع فيه الشفعة

هكذا في جميع النسخ المصرية، وفي النسخ الهندية «ما تقع به الشفعة» بلفظ «به» بدل «فيه»، والأوجه الأول، لأحكامٍ وردت في الباب، ولما سيأتي من الترجمة الآتية.

قال الموفق[٢]: إن الشفعة تثبت على خلاف الأصل، إذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاءٍ منه، وإجبارٌ له على المعاوضة، لكن أثبتها الشرع لمصلحة راجحةٍ، فلا تثبت إلا بشروط أربعة: **أحدها**: أن يكون الملك مشاعاً غير مقسوم، فأما الجار فلا شفعة له، وبه قال مالك والشافعي، وقال الثوري وأصحاب الرأي: الشفعةُ بالشركة، ثم بالشركة في الطريق ثم بالجِوار.

الثاني: أن يكون المبيع أرضاً؛ لأنها التي تبقى على الدوام، ويدوم ضررُها. وأما غيرها فينقسم قسمين؛ أحدهما: تثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض،

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٧٧).

(٢) «المغني» (٧/ ٤٣٦).

....

وهو البناء والغراس، يباع مع الأرض، فإنه يُؤْخَذُ بالشفعة تبعاً للأرض بغير خلافٍ في المذهب، ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافاً. الثاني: ما لا تثبت فيه الشفعة تبعاً ولا مفرداً، وهو الزرع، والثمرة الظاهرة تباعُ مع الأرض، فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك: يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله.

وأما ما بِيْعَ مفرداً من الأرض، فلا شفعة فيه، سواء كان مما يُنْقَلُ كالحيوان والثياب والسفن، أو لا يُنْقَلُ كالبناء والغِرَاس إذا بيع مفرداً، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي، وروي عن الثوري وإسحق وغيرهما لا شفعة في المنقولات، واختلف عن مالك وعطاء، فقالا مرة كذلك، ومرة قالا: الشفعة في كل شيء حتى في الثوب.

الثالث: أن يكون المبيع مما يمكن قسمته، فأَمَّا ما لا يمكن قسمتُه، من العقار كالحَمَّام الصغير والرَّحَى الصغيرة والعِراص الضيقة، فعن أحمد فيه روايتان، إحداهما: لا شفعة فيه، وبه قال الشافعي، والثانية: فيها الشفعة، وبه قال أبو حنيفة، وعن مالك كالروايتين.

الرابع: أن يكون الشِّقْصُ منتقلاً بعوض، أما المنتقِلُ بغير عوض كالهبة بغير ثوابٍ، والوصية، والصدقة، والإرث، فلا شفعة فيه، في قول عامة أهل العلم، منهم مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي، وحكي عن مالك رواية أخرى في المنتقل بهبة أو صدقة أن فيه الشفعة، ويأخذه الشفيع بقيمته.

فأما المنتقل بعوض فينقسم قسمين؛ **أحدهما**: ما عِوَضُه المال كالبيع، فهذا فيه الشفعة بغير خلاف، وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع، كالصلح عن الجنايات والهبة المشروط فيها الثواب، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي.

الثاني: ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهراً أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد، فظاهر كلام الخرقي أنه لا شفعة فيه،

....

وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي، وقال ابن حامد: تجب فيه الشفعة، وبه قال مالك والشافعي، اهـ مختصراً.

وهذا إجمال البحث فيه، وسيأتي البسط في هذه المباحث في مواضعها وجعل شارح «الكبير» الشروط خمسة، وزاد في الشروط المطالبة على الفور ساعةَ يعلم، وهو نص أحمد، وبه قال الشافعي في الجديد وأبو حنيفة، وعن أحمد رواية أخرى أنها على التراخي، وهو قول مالك، اهـ.

وقال ابن رشد في «البداية»[1]: أركانها أربعةٌ: الشافع، والمشفوع عليه، والمشفوع فيه، وصفة الأخذ بالشفعة.

أما **الأول**: أي الشافع فذهب مالك والشافعي وأهل المدينة إلى أن لا شفعة إلا للشريك ما لم يقاسم، وقال أهل العراق: الشفعة مرتبة، فأولى الناس بها الشريك الذي لم يقاسم، ثم الشريك المقاسم إذا بقيت في الطريق، أو في الصحن شركة، ثم الجار الملاصق.

وأما **الثاني**: أي المشفوع فيه فاتفق المسلمون على أنها واجبة في الدور والعقار والأرضين كلها، واختلفوا فيما سوى ذلك.

وأما **الثالث**: أي المشفوع عليه فإنهم اتفقوا على أنه من انتقل إليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم، أو من جار عند من يرى الشفعة للجار، واختلفوا فيمن انتقل إليه الملك بغير شراء، فالمشهور عن مالك أن الشفعة إنما تجب إذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وأرش الجنايات وغير ذلك. وعنه رواية ثانية أنها تجب بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض كالهبة لغير الثواب والصدقة ما عدا الميراث، فإنه لا شفعة فيه عند الجميع باتفاق، اهـ. ثم ما حكى من مذهب الحنفية وغيرهم بعد ذلك فقد تسامح فيه.

وأما **الركن الرابع** أي الأخذ بالشفعة، فالنظر فيه بماذا يأخذ الشفيع، وكم

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٥٦).

١٤٢٢/ ١ ـ **حدّثنا** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ. وَعَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ بْنِ عَوْفٍ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ....

يأخذ، ومتى يأخذ، أما الأول: أي بماذا يأخذ فإنهم اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن إن كان حالّاً، واختلفوا إذا كان البيع إلى أجل. وأما الثاني: أي كم يأخذ فإن الشفيع لا يخلو أن يكون واحداً أو أكثر، والمشفوع عليه أيضاً يكون واحداً أو أكثر، فإن كان الشفيع واحداً، والمشفوع عليه واحداً، فلا خلاف في أن الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع، وإذا كان المشفوع عليه واحداً والشفعاء أكثر، فإنهم اختلفوا فيه في موضعين؛ **أحدهما**: في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم، **وثانيهما**: إذا اختلفت أسباب شركتهم، هل يحجب بعضهم بعضاً من الشفعة أم لا؟.

وأما الثالث: أي متى يأخذ فإن الذي له الشفعة رجلان حاضر أو غائب. فأما الغائب فأجمع العلماء على أنه على شفعته ما لم يعلم ببيع شريكه، واختلفوا إذا علم وهو غائب، وأما الحاضر، فالفقهاء اختلفوا في وقت وجوب الشفعة له، فقال الشافعي وأبو حنيفة: هي على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب، وعند مالك ليست على الفور، بل وقت وجوبها متّسع، واختلف قوله في هذا الوقت، هل هو محدود أو غير محدود، اهـ.

١٤٢٢/ ١ ـ **(مالك عن ابن شهاب)** الزهري **(عن سعيد بن المسيب)** التابعي الشهير **(وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف)** عطف على سعيد **(أن رسول الله ﷺ)** قال ابن عبد البر: مرسل عن مالك لأكثر رواة «الموطأ» وغيرهم، ووصله عنه عبد الملك بن الماجشون وأبو عاصم النبيل ويحيى بن أبي قتيلة وابن وهب بخلف، فقالوا: عن أبي هريرة، وذكر الطحاوي أن قتيبة أيضاً وصله عن مالك، وكذا اختلف فيه رواة ابن شهاب فرواه ابن إسحق عنه عن سعيد وحده عن أبي هريرة، ويونس عنه عن سعيد وحده مرسلاً، ورواه

قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ. ....

معمر عن الزهري عن أبي سلمة، عن جابر، قال أحمد: ورواية معمر حسنة، وقال ابن معين: رواية مالك أحبُّ إليّ وأصح، يعني مرسلاً عن أبي سعيد وأبي سلمة، وأسند هذه الروايات كلها في «التمهيد»(١).

ثم قال: كان ابن شهاب أكثر الناس بحثاً عن هذا الشأن، فربما اجتمع له في الحديث جماعة، فحدث به مرة عنهم، ومرة عن أحدهم، بقدر نشاطه حين تحديثه، وربما أدخل حديث بعضهم في بعض، كما صنع في حديث الإفك وغيره، وربما كسل فأرسل، وربما انشرح فوصل، فلذا اختلف عليه أصحابه اختلافاً كثيراً، اهـ. قال الزرقاني(٢): ومثله يقال في مالك، اهـ.

قلت: وأخرجه البخاري برواية معمر عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر مرفوعاً، قال الحافظ(٣): اختلف على الزهري في هذا الحديث فقال مالك: عنه عن أبي سلمة وابن المسيب مرسلاً كذا رواه الشافعي وغيره، ورواه أبو عاصم والماجشون عنه، فوصله بذكر أبي هريرة أخرجه البيهقي، ورواه ابن جريج عن الزهري لكن قال: عنهما أو عن أحدهما، أخرجه أبو داود، والمحفوظ روايته عن أبي سلمة عن جابر موصولاً، وعن ابن المسيب عن النبي ﷺ مرسلاً، وما سوى ذلك شذوذ ممن رواه، ويُقَوِّي طريقه عن أبي سلمة عن جابر متابعة يحيى بن أبي كثير له عن أبي سلمة عن جابر، اهـ.

(قضى) أي حكم **(بالشفعة)** بين الشركاء، **(فيما)** أي في كل شيء مشترك بينهم **(لم يقسم)** ببناء المجهول أي لم يقسم إلى الآن **(بين الشركاء)** ولفظ البخاري من حديث جابر ـ رضي الله عنه ـ جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل

(١) (٧/ ٣٦).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٧٧).

(٣) «فتح الباري» (٤/ ٤٣٦).

....

ما لم يقسم، واستدل بعمومه من قال بعموم الشفعة للشريك في كل شيء، قال العيني[(١)]: وروي عن عطاء أنه قال: الشفعة في كل شيء حتى في الثوب، وحكى مقالة عطاء عن بعض الشافعية ومالك. وأنكره القاضي أبو محمد، اهـ. وحكى ابن رشد عن قوم أن الشفعة في كل شيء ما عدا المكيل والموزون.

قال الحافظ[(٢)]: صدر الحديث يشعر بثبوتها في المنقولات. وسياقه يُشْعر باختصاصها بالعقار، وبما فيه العقار، وقد أخذ بعمومها في كل شيء مالك في رواية، وهو قول عطاء. وعن أحمد تثبت في الحيوانات دون غيرها من المنقولات، وروى البيهقي من حديث ابن عباس مرفوعاً «الشفعة في كل شيء» ورجاله ثقات إلا أنه أعَلّ بالإرسال. وأخرج الطحاوي له شاهداً من حديث جابر بإسناد لا بأس برُواته، اهـ.

وما حكي عن مالك قال الزرقاني[(٣)]: رُدَّ بأنه لا يعرف عند أصحابه، وما حكي عن أحمد فهو رواية عنه، قال الموفق[(٤)]: قال ابن أبي موسى: وقد رُوي عن أبي عبد الله روايةٌ أخرى أن الشفعة واجبةٌ فيما لا ينقسم كالحجارة والسيف والحيوان، وما في معنى ذلك، قال أبو الخطاب: عن أحمد رواية أخرى أن الشفعة تجب في البناء والغراس. وإن بِيْعَ مفرداً وهو قول مالك، لعموم قوله ﷺ: الشفعة فيما لم يقسم، ولأن ابن أبي مليكة روى أن النبي ﷺ قال: «الشفعة في كل شيء»[(٥)].

ولنا، أن قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم»، إنما أراد ما لا ينقسم من

(١) «عمدة القاري» (٨/ ٥٢٢).

(٢) «فتح الباري» (٤/ ٤٣٦).

(٣) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٧٧).

(٤) «المغني» (٧/ ٤٤٠).

(٥) أخرجه الترمذي (١٣٧١).

....

الأرض، بدليل قوله: «إذا وقعت الحدود»، الحديث. وحديث ابن أبي مليكة مرسل، لم يرو في الكتب الموثوق بها، اهـ. والجمهور على أن المراد بالحديث العقار، قال الحافظ: صدر الحديث يشعر بالعموم، وسياقه يشعر باختصاصها بالعقار. وقال الموفق: إنما أراد ما لا ينقسم من الأرض بدليل قوله: «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»، اهـ.

وتوضيح الاستدلال كما يُفْهَمُ من كلام الباجي أن قوله ﷺ: «فيما لم يقسم» يقتضي الشفعة في جنس ما يقسم، كما سيأتي في البحث الآتي، وما ينقسم على ضربين: ضربٌ ينقسم بالحدود، كالأرضين وما فيها من المباني والأشجار، وضربٌ ينقسم بغير حدود، كالمكيل والموزون والمعدود وبعض المزروع، فقوله ﷺ: «فإذا وقعت الحدود فلا شفعة» يقتضي اختصاص تعلق هذا الحكم بما يضرب فيه الحدود دون غيره مما لا تضرب فيه، اهـ. واستدل بالحديث أيضاً على أنه لا بد للمبيع أن يكون مما يمكن قسمته.

ووجه الاستدلال ما قال الباجي[1]: إن ما لا يصح فيه القسمة، فإنه لا يقال فيه: ما لم يقسم؛ كما لا يقال في الإنسان: يثبت فيه حكم كذا ما لم يقسم؛ لأن ذلك يقتضي أن له حالة يقسم فيها، اهـ.

وإليه أشار ابن رشد إذ قال[2]: فكأنه ﷺ قال: الشفعة فيما تمكن فيه القسمة ما دام لم يقسم، وهذا استدلال بدليل الخطاب، وقد أجمع عليه في هذا الموضع فقهاء الأمصار مع اختلافهم في صحة الاستدلال به، اهـ.

والمسألة خلافية بين العلماء كما تقدم في أول الباب من كلام الموفق إذ قال[3]: الشرط الثالث: أن يكون المبيع مما يمكن قسمته، فأما ما لا يمكن

---

(١) «المنتقى» (٦/ ١٩٩).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٥٨).

(٣) «المغني» (٧/ ٤٤١).

....

قسمته كالحمام الصغير، والرحىٰ الصغيرة، والعضادة، والطريق الضيقة، والعراص الضيقة، فعن أحمد فيها روايتان، إحداهما: لا شفعة فيه، وبه قال يحيى بن سعيد وربيعة والشافعي، والثانية: فيها الشفعة، وهو قول أبي حنيفة والثوري وابن شريح، وعن مالك كالروايتين.

ووجه هذا عموم قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم»[١] وسائر الألفاظ العامة، ولأن الشفعة لإزالة ضرر المشاركة، والضرر في هذا النوع أكثر؛ لأنه يتأبد ضرره، والأول ظاهر المذهب، لما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة»[٢]، والمنقبة الطريق الضيق، رواه أبو الخطاب في «رؤوس المسائل»، وروي عن عثمان ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: «لا شفعة في بئر ولا الفحل»، اهـ. وسيأتي أثر عثمان ـ رضي الله عنه ـ في أول الباب الآتي.

وقال الدردير[٣]: الشفعة أخذ شريك عقاراً، والعقار هو الأرض، وما اتصل بها من بناء وشجر، فلا شفعة في حيوان أو عرض إلا تبعاً، وشرط العقار الذي فيه الشفعة قبوله القسمة لا إن لم يقبلها أو قبلها بفساد كالحمام، وفي «المدونة» الإطلاق أي أنها تكون فيما ينقسم وغيره لضرر الشركة الطارئة التي هي علة الأخذ بالشفعة، وعمل به أي حكم بعض القضاة بالشفعة فيما لا ينقسم، لكن المعول عليه هو الأول، قال الدسوقي: وهي رواية ابن القاسم عن مالك في «المدونة»، والثاني لمالك أيضاً رواه عنه بعض أصحابه، اهـ.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢١٣)، وأبو داود (٣٥١٤)، والترمذي (١٣١٢ ـ ١٣٧٠)، وابن ماجه (٢٤٩٩).

(٢) أخرجه بنحوه عبد الرزاق في «المصنف» (٨/ ٧٨).

(٣) «الشرح الكبير» (٣/ ٤٧٦).

فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ بَيْنَهُمْ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ.

وفي «الهداية»[١]: الشفعة واجبة في العقار، وإن كان مما لا يقسم، وقال الشافعي: لا شفعة فيما لا يقسم، لأن الشفعة إنما وجبت دفعاً لمؤنة القسمة. وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم، ولنا، قوله ﷺ: الشفعة في كل شيء عقار أو ربع إلى غير ذلك من العمومات، ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك، والحكمة دفع ضرر سوء الجار، وهو ينتظم القسمين، ما يقسم وما لا يقسم، وهو الحمام والرحى والبئر والطريق، اهـ.

(فإذا وقعت الحدود) جمع حد، وهو هاهنا ما تتميز به الأملاك بعد القسمة، وأصل الحد المنع. وزاد في حديث جابر عند البخاري: «وصرفت الطرق» بضم الصاد المهملة وكسر الراء مخففة ومثقلة أي بنيت مصارفها وشوارعها **(بينهم)** أي بين الشركاء **(فلا شفعة فيه)** استدل بذلك على مسألة أخرى خلافية بين العلماء، وهي الشفعة للجار.

قال الباجي[٢]: هذا نص في أن لا شفعة في مال بعد قسمته، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة وسائر الكوفيين بإثبات الشفعة للجار، والدليل على ما ذهب إليه أهل المدينة قوله ﷺ المذكور، فإن الحدود واقعة بين المتجاورين، اهـ.

وقال الموفق[٣]: أما الجار فلا شفعة له، وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وابن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الأنصاري وأبو الزناد وربيعة والمغيرة بن عبد الرحمن ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحق وأبو ثور وابن المنذر، وقال ابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب

---

(١) (٢/٣١٨).

(٢) «المنتقى» (٦/ ٢٠٤).

(٣) «المغني» (٧/ ٤٣٦).

....

الرأي: الشفعة بالشركة، ثم بالشركة في الطريق، ثم بالجوار، وقال أبو حنيفة: يقدم الشريك، فإن لم يكن، وكان الطريق مشتركاً كدرب لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب، الأقرب فالأقرب، اهـ.

قال ابن رشد[١]: وعمدة أهل المدينة مرسل مالك المذكور، يعني حديث الباب، وكان أحمد بن حنبل يقول: حديث معمر عن الزهري عن أبي سلمة أصحُّ ما روي في الشفعة، وكان ابن معين يقول: مرسل مالك أحبّ إليّ إذ كان مالك إنما رواه عن ابن شهاب موقوفاً، وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب في إسناده توهيناً له.

ووجه استدلالهم من هذا الأثر ما ذكر من أنه إذا وقعت الحدود فلا شفعة، وذلك أنه إذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهي أحرى أن لا تكون واجبة للجار، وأيضاً فإن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم.

وقال العيني[٢]: وقال النخعي وشريح القاضي والثوري وعمرو بن حريث والحسن بن حي وقتادة والحسن البصري وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: تجب الشفعة في الأراضي والرباع والحوائط للشريك الذي لم يقاسم، ثم للشريك الذي قاسم، وبقي حق طريقه أو شربه، ثم للجار الملازق، وهو الذي داره على ظهر الدار المشفوعة، وبابه في سكة أخرى. وزاد ابن التركماني[٣] عن الطبري فيمن قال بشفعة الجار الشعبي وابن سيرين والحكم وطاووس، اهـ.

واختلف من يقول، بالشفعة للجار فقال أصحابنا الحنفية: لا شفعة إلا

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٥٦).

(٢) «عمدة القاري» (٨/ ٥٢٢).

(٣) «الجوهر النقي» (٦/ ١٠٧، ١٠٨).

....

للجار الملازق، وقال الحسن بن حِي: للجار مطلقاً بعد الشريك، وقال آخرون: الجار الذي تجب له الشفعة أربعون داراً حول الدار، وقال آخرون: من كل جانب من جوانب الدار أربعون داراً، وقال آخرون: هو كل من صلى معه صلاة الصبح في المسجد، وقال بعضهم: أهل المدينة كلهم جيران، كذا في «العيني»[(١)]، اهـ.

واحتج من قال بالشفعة للجار بأحاديث رويت عن رسول الله ﷺ صريحة في ذلك.

منها؛ ما روى أبو رافع مولى رسول الله ﷺ قال: سمعتُ رسول الله ﷺ قال: «الجار أحقُّ بسقبه»، أخرجه البخاري بمواضع، وأبو داود وابن ماجه وغيرهم.

ومنها؛ ما رواه سمرة أن النبي ﷺ قال: «جار الدار أحق بالدار». رواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح، وأخرجه الطحاوي من ستة طرق صحاح، أحدها مرسل.

ومنها؛ ما رواه الطحاوي بإسناد صحيح عن أنس أن رسول الله ﷺ قال: «جار الدار أحق بالدار» وأخرجه البزار في «مسنده».

ومنها؛ ما روى الطحاوي بسنده إلى علي وعبد الله بن مسعود أنهما قالا: قضى رسول الله ﷺ بالجوار، وأخرجه ابن أبي شيبة عنهما بلفظ «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة للجوار».

ومنها؛ ما روى عمرو بن حريث أخرجه الطحاوي بإسناد صحيح مثل الذي قبله، وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفاً على عمرو بن حريث.

ومنها؛ ما روى جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بشفعة جاره، فإن كان غائباً انتظر إذا كان طريقهما واحداً»، أخرجه الطحاوي من ثلاث طرق صحاح، وأخرجه أصحاب السنن الأربعة.

---

(١) «عمدة القاري» (٨/ ٥٢٢).

....

ومنها ما روى الطحاوي بإسناده إلى عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه كتب إلى شريح أن يقضي بالشفعة للجار الملازق، وأخرجه ابن أبي شيبة نحوه، كذا في «العيني» على البخاري، وبسط في الكلام على طرق هذه الروايات.

ومنها؛ ما روى محمد في «موطئه»[١] بإسناده إلى الشريد بن سويد قال: قال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بصقبه».

قال الزرقاني[٢]: لو اقتصر في حديث الباب على قوله: فإذا وقعت الحدود لكان قوياً في الرد عليهم أي على القائلين بالشفعة للجوار، لكن ضم إليه «وصرفت الطرق». فقال الجمهور: المراد بها التي كانت قبل القسم، وقال الحنفية: المراد صرف الطرق التي يشترك فيها الجار، ويبقى النظر في أيّ التأويلين أظهر، اهـ.

وفي «الفتح»[٣]: قال عياض: لو اقتصر في الحديث على القطعة الأولى لكانت فيه دلالة على سقوط شفعة الجوار، لكن أضاف إليها صرف الطرق، والمترتب على أمرين لا يلزم منه ترتبه على أحدهما، اهـ.

وقال ابن التركماني[٤]: هذا الحديث مخالف لمذهبهم؛ لأنه علّق الانتفاء على أمرين: فمقتضاه لو حصلت القسمة ولم تصرف الطرق، بأن كان شريكاً في الطريق أنه يكون له الشفعة، اهـ.

وقال الحافظ حكى ابن أبي حاتم عن أبيه أن قوله: فإذا وقعت الحدود إلخ. مدرج من كلام جابر، وفيه نظر؛ لأن الأصل أن كلما ذكر في الحديث

(١) «موطأ محمد مع التعليق الممجد» (٣/ ٣٥٣).
(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٧٧).
(٣) «فتح الباري» (٤/ ٤٢٧).
(٤) «الجوهر النقي» على هامش «السنن الكبرى» (٦/ ١٠٢).

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى ذٰلِكَ، السُّنَّةُ الَّتِي لَا اخْتِلَافَ فِيهَا عِنْدَنَا.

١٤٢٣/ ٢ ـ قَالَ مَالِكٌ: إِنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ سُئِلَ عَنِ الشُّفْعَةِ، هَلْ فِيهَا مِنْ سُنَّةٍ؟ فَقَالَ: نَعَمْ. الشُّفْعَةُ فِي الدُّورِ وَالْأَرَضِينَ. وَلَا تَكُونُ إِلَّا بَيْنَ الشُّرَكَاءِ.

١٤٢٤/ ٣ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ: أَنَّهُ بَلَغَهُ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، مِثْلُ ذٰلِكَ.

فهو منه حتى يثبت الإدراج بدليل، وقد نقل صالح بن أحمد عن أبيه أنه رجح رفعها، اهـ.

وتعقب العيني نظر الحافظ بأن أبا حاتم إمام في هذا الفن، ولو لم يثبت عنده الإدراج فيه لما قدم على الحكم به، اهـ.

(قال مالك: وعلى ذلك) أي على الذي ذكر في الحديث المرفوع من مسائل الشفعة الثلاث من كونها في العقار، ومن كونه قابلاً للقسمة، ومن نفي الشفعة للجار **(السنة التي لا اختلاف فيها عندنا)** بالمدينة المنوّرة، واقتصرت عامة الشراح كلام الإمام مالك هذا على نفي الشفعة للجار فقط، ولا وجه للتقصير على الواحد، إذا ما تثبت بالحديث المسائل الثلاث، وفي كلها أخذ الإمام الحديث المذكور، قال الزرقاني[1]: قال أحمد: إذا اختلفت الأحاديث فالحجة فيما عمل به أهل المدينة، اهـ.

١٤٢٣/ ٢ ـ **(مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب سُئِل)** ببناء المجهول **(عن الشفعة هل فيها من سنة)** عن رسول الله ﷺ؟ **(فقال)** ابن المسيب: **(نعم)** ثابتة وهي أن **(الشفعة)** واجبة **(في الدور)** جمع دار **(والأرضين ولا تكون)** الشفعة **(إلا بين الشركاء)** ولا تكون للجار.

١٤٢٤/ ٣ ـ **(مالك أنه بلغه عن سليمان بن يسار)** أيضاً **(مثل ذلك)** الذي

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٧٨).

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى شِقْصاً مَعَ قَوْمٍ فِي أَرْضٍ بِحَيَوانٍ، عَبْدٍ أَوْ وَلِيدَةٍ، أَوْ مَا أَشْبَهَ ذٰلِكَ مِنَ الْعُرُوضِ. ....

بلغه عن سعيد بن المسيب، وقد تقدم في كلام «المغني» أنه ذكر سليمان فيمن نفى الشفعة للجار.

(قال مالك، في رجل اشترى شِقْصاً) بكسر المعجمة وإسكان القاف وصاد مهملة أي قطعة كانت مشتركة **(مع قوم)** كانوا شركاء **(في أرض)** مثلاً **(بحيوان)** متعلق باشترى **(عبدٍ أو وليدةٍ)** أي أمة بالجر بدل من حيوان **(أو ما أشبه ذلك من العروض)** بيان لما، والمراد بما أشبهه: أن يكون الثمن غير مثلي.

قال الباجي[١]: وهذا على ما قال: إن من اشترى شقصاً بعرض. ثم جاء الشفيع. فإن له أن يأخذه بقيمة ذلك العرض إذا كان غير مكيل ولا موزون ولا معدود، ومعنى ذلك أنه مما لا مثل له، أما إن اشتراه المشتري بمكيل أو موزون أو معدود فإنما عليه مثله، اهـ.

قال الموفق[٢]: إن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقد، لما روي في حديث جابر أن النبي ﷺ قال: «هو أحق بالثمن»، رواه أبو إسحق الجوزجاني في «كتابه»، ولأن الشفيع إنما استحق الشقص بالبيع، فكان مستحقاً له بالثمن كالمشتري، وإذا ثبت هذا، فإنا ننظر في الثمن، فإن كان دنانير أو دراهم، أعطاه الشفيع مثله، وإن كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان، فإن الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن، وهذا قول أكثر أهل العلم. وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي.

وحكي عن الحسن وسَوَّارٍ أن الشفعة لا تجب هاهنا؛ لأنها تجب بمثل الثمن، وهذا لا مثل له، فتعذر الأخذ، فلم يجب كما لو جهل بالثمن، ولنا،

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢٠٤).

(٢) «المغني» (٧/ ٤٧٩).

فَجَاءَ الشَّرِيكُ يَأْخُذُ بِشُفْعَتِهِ بَعْدَ ذٰلِكَ. فَوَجَدَ الْعَبْدَ أَوِ الْوَلِيدَةَ قَدْ هَلَكَا. وَلَمْ يَعْلَمْ أَحَدٌ قَدْرَ قِيمَتِهِمَا. فَيَقُولُ الْمُشْتَرِي: قِيمَةُ الْعَبْدِ أَوِ الْوَلِيدَةِ مَائَةُ دِينَارٍ. وَيَقُولُ صَاحِبُ الشُّفْعَةِ ....

أنه أحد نوعَي الثمن، فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثلي، وما ذكروه لا يصح، لأن المثل يكون من طريق الصورة، ومن طريق القيمة كبدل المُتلَف، فأما إن كان الثمن من المثليات غير الأثمان كالحبوب والأدهان، فقال أصحابنا: يأخذه الشفيع بمثله؛ لأنه من ذوات الأمثال، فهو كالأثمان، وبه يقول أصحاب الرأي، وأصحاب الشافعي.

وفي «الهداية»[1]: من اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته؛ لأنه من ذوات القيم، وإن اشتراها بمكيل أو موزونٍ أخذها بمثله، والعددي المتقارب من ذوات الأمثال، اهـ.

وقال السرخسي: إذا اشترى داراً بعبد بعينه، فللشفيع أن يأخذها بالشفعة بقيمة العبد عندنا، وقال أهل المدينة: يأخذها بقيمة الدار إلى آخر ما بسط من دلائل الفريقين، وقد عرفت من كلام الباجي إذ قال: يأخذه بقيمة ذلك العرض، وعليه يتفرع كلام الإمام مالك الآتي من اختلافهما في قيمة العبد، فلعل السرخسي أراد غيرهم من أهل المدينة.

(**فجاءه الشريك**) الشفيع (**يأخذ**) الشقص (**بشفعته**) هكذا في النسخ المصرية، وفي الهندية: بأخذ شفعته بالجار في أوله وإضافة الأخذ إلى الشفعة، والمؤدى واحد (**بعد ذلك**) فكان الواجب عليه قيمته كما عرفت (**فوجد العبد أو الوليدة**) أيهما كان الثمن (**قد هلكا ولا يعلم أحد قدر قيمتهما**) أي لا يثبت بالبينة، فإن ثبت بها فلم يبق النزاع (**فيقول المشتري:**) كان (**قيمة العبد أو الوليدة مائة دينار**) مثلاً (**ويقول صاحب الشفعة**) زاد في النسخ المصرية بعد ذلك

---

(١) (٢/ ٣١٥).

الشَّرِيكُ: بَلْ قِيمَتُهُمَا خَمْسُونَ دِينَاراً.

قَالَ مَالِكٌ: يَحْلِفُ الْمُشْتَرِي أَنَّ قِيمَةَ مَا اشْتَرَى بِهِ مِائَةُ دِينَارٍ. ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَنْ يَأْخُذَ صَاحِبُ الشُّفْعَةِ، أَخَذَ أَوْ يَتْرُكَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ الشَّفِيعُ بِبَيِّنَةٍ، أَنَّ قِيمَةَ الْعَبْدِ أَوِ الْوَلِيدَةِ دُونَ مَا قَالَ الْمُشْتَرِي.

لفظ: الشريك، وهو بدل من صاحب الشفعة **(بل قيمتها)** أي الوليدة وكذا حكم العبد **(خمسون ديناراً)** مثلاً.

(قال مالك: يحلف المشتري) على **(أن قيمة ما اشترى به)** من العبد أو غيره **(مائة دينار ثم)** بعد حلفه **(إن شاء أن يأخذ صاحب الشفعة)** أي إن شاء الشفيع أن يأخذها بما حلف **(أخذ)** به **(أو يترك)** الشفعة إن لم يرض بما حلف به المشتري **(إلا أن يأتي الشفيع ببينة)** أي شاهدَي عدل **(أن قيمة العبد أو الوليدة)** أي قيمة ما اشترى به المشتري **(دون ما قال المشتري)** أي أقل مما قاله.

قال الزرقاني[١]: فيأخذ بما شهدت به البينة، وبهذا قال الجمهور والشافعي والكوفيون؛ لأن الشفيع طالبٌ آخذٌ، والمشتري مطلوب مأخوذ، فوجب أن القول قوله بيمينه؛ لأنه مدَّعىً عليه، والشفيع مدعٍ حيث لا بينة وإلا عمل بها، قاله أبو عمر، اهـ.

قلت: ما حكي من مذهب الكوفيين هو كذلك لكنه ليس عليه عندهم اليمين، كما سيأتي في كلام صاحب «الهداية».

قال الموفق[٢]: الشفيع والمشتري إذا اختلفا في قدر الثمن، فقال المشتري: اشتريته بمائة، وقال الشفيع: بل بخمسين، فالقول قول المشتري؛ لأنه العاقد فهو أعرف بالثمن، ولأن الشقص ملكه فلا ينزع من يده بالدعوى

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٧٨).

(٢) «المغني» (٧/ ٤٨٩).

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ وَهَبَ شِقْصاً فِي دَارٍ، أَوْ أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ، فَأَثَابَهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ بِهَا نَقْداً أَوْ عَرْضاً. فَإِنَّ الشُّرَكَاءَ يَأْخُذُونَهَا بِالشُّفْعَةِ إِنْ شَاؤُوا. وَيَدْفَعُونَ إِلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ قِيمَةَ مَثُوبَتِهِ، دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ.

بغير بَيِّنة، وبهذا قال الشافعي، فأما إن كان للشفيع بينة حكم بها، وكذلك إن كان للمشتري بينة حكم بها واستغني عن يمينه، وإن أقام كل واحد منهما بينة احتمل تعارضهما، فيصيران كمن لا بينة لهما، وذكر الشريف أن البينة بينة الشفيع، ويقتضيه مذهب الخرقي، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال صاحباه: البينة بينة المشتري، وإن قال المشتري: لا أعلم مبلغ الثمن، فالقول قوله؛ لأن ما يدعيه ممكنٌ لجواز أن يكون اشتراه جزافاً أو بثمن نسي مبلغه، ويحلف، فإذا حلف سقطت الشفعة؛ لأنها لا تستحق بغير بدل، فإن اشترى شقصاً بعرض واختلفا في قيمته، فإن كان موجوداً عرضاه على المقومين، وإن تعذر إحضاره، فالقول قول المشتري، كما لو اختلفا في قدر الثمن، اهـ.

وفي «الهداية»[1]: إن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري، ولا يتحالفان؛ لأن الشفيع إن كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئاً لتخيره بين الترك والأخذ، ولا نص هاهنا فلا يتحالفان، ولو أقاما البينة، فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: البينة بينة المشتري، اهـ.

(قال مالك: ومن وهب شقصاً) أي قطعة كانت **(في دار أو أرض مشتركة فأثابه)** ضمير المفعول إلى الواهب **(الموهوب له)** فاعل أثاب **(بها)** أي بعوض الهبة **(نقداً أو)** أثابه **(عرضاً)** من العروض **(فإن الشركاء يأخذونها)** أي القطعة المذكورة الموهوبة **(بالشفعة إن شاءوا، ويدفعون إلى الموهوب له قيمة مثوبته)** أي قيمة ما أثاب به الموهوب له الواهب إن كانت المثوبة عرضاً **(دنانير أو دراهم)** بيان لقيمة المثوبة.

---

(١) (٢/٣١٤).

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ وَهَبَ هِبَةً فِي دَارٍ أَوْ أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ. فَلَمْ يُثَبْ مِنْهَا. وَلَمْ يَطْلُبْهَا. فَأَرَادَ شَرِيكُهُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِقِيمَتِهَا. فَلَيْسَ ذٰلِكَ لَهُ. مَا لَمْ يُثَبْ عَلَيْهَا. فَإِنْ أُثِيبَ، فَهُوَ لِلشَّفِيعِ بِقِيمَةِ الثَّوَابِ.

(قال مالك) هكذا في جميع النسخ الهندية والمصرية، إلا في نسخة الزرقاني **(ومن وهب هبة في دار أو أرض مشتركة فلم يُثَبْ)** بضم أوله **(منها)** أي بدلها يعني لم يعط الموهوب له الواهب عوض الهبة **(ولم يطلبها)** أي لم يطلب الواهب المثوبة **(فأراد شريكه أن يأخذها)** أي الهبة المذكورة **(بقيمتها)** بالشفعة **(فليس ذلك)** جائزاً **(له، ما)** بمعنى ما دام **(لم يثب عليها)** أي لم يعط الثواب عليها **(فإن أثيب)** الواهب **(فهو)** أي الموهوب **(للشفيع)** إن شاء أخذها **(بقيمة الثواب)** الذي أخذ الواهب من الموهوب له.

قال الباجي[(١)]: الهبة تكون على ضربين: لغير الثواب وللثواب، فأما الهبة بغير الثواب، فهي كالصدقة، والظاهر من قول مالك أنه لا شفعة فيها، وفي «مختصر ابن عبد الحكم»: اختلف قول مالك في الشفعة في شقص يوهب لغير الثواب، قال أبو محمد: فيها وفي الصدقة روايتان: إحداهما: وجوب الشفعة، والثانية: إسقاطها، وجه الثاني أنه انتقال ملك بغير عوض، فلم تثبت فيه الشفعة كالتوارث.

ووجه الأول أنه انتقال ملك حال الحياة، فلم يمنع الشفعة فيه، كالهبة للثواب، وعلى هذا إذا انعقدت الهبة على غير الثواب، فأثيب فيه، ففي «المدونة»: لا شفعة فيه، ووجه ذلك أن الثواب عنها هبة مبتدأة، فكان لها حكم الثانية، وأما الهبة للثواب فالشفعة فيها ثابتة قولاً واحداً، سواء كان الثواب نقداً أو عرضاً، وهذا يقتضي الأخذ بالشفعة بعد الإثابة، وفي «الموازية»: لا تجب الشفعة حتى يدفع الثواب أو يقضي به، اهـ.

---

(١) «المنتقى» (٦/٢٠٦).

....

وهذا هو الشرط الرابع من شرائط الشفعة المتقدمة في أول الباب.

قال الموفق[1]: الشرط الرابع أن يكون شقصاً مُنْتقلاً بعوض، وأما المنتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والإرث، فلا شفعة فيه في قول عامة أهل العلم، منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن مالك رواية أخرى في المنتقل بهبة أو صدقة أن فيه الشفعة، ويأخذه الشفيع بقيمته، وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى، لأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر الشركة، وهذا موجود في الشركة كيفما كان، والضرر اللاحق بالمُتَّهِبِ دون ضرر المشتري، لأن إقدام المشتري على شراء الشقص، وبذله ما له فيه دليلُ حاجته إليه، فانتزاعُه منه أعظم ضرراً من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه.

ولنا، أنه انتقل بغير عوض أشبه الميراث، ولأن محل الوفاق هو البيع، والخبر ورد فيه، وليس غيره في معناه؛ لأن الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل به إليه، ولا يمكن هذا في غيره، ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته، وفي غيره يأخذه بقيمته، فافترقا.

فأما المنتقل بعوض فينقسم قسمين؛ **أحدهما**: ما عِوَضُه المال، كالبيع. فهذا فيه الشفعة بغير خلاف، وهو في حديث جابر، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به، وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع، كالصلح بمعنى البيع، والصلح عن الجنايات الموجبة للمال، والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم، لأن ذلك بَيْعٌ تثبت فيه أحكام البيع، وهذا منها، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا: لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا، لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض، فأشبهت البيع بشرط الخيار.

---

(١) «المغني» (٧/ ٤٤٣).

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى شِقْصاً فِي أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ. بِثَمَنٍ إِلَى أَجَلٍ. فَأَرَادَ الشَّرِيكُ أَنْ يَأْخُذَهَا ....

ولنا، أنه يملكها بعوض، هو مال فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع، ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة، لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع.

والقسم الثاني: ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهراً أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد، فظاهر كلام الخرقي أنه لا شفعة فيه، وهذا قول أبي بكر. وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي، واختاره ابن المنذر، وقال ابن حامد: تجب فيه الشفعة، وبه قال ابن شبرمة والحارث ومالك وابن أبي ليلى والشافعي، اهـ.

وفي «الهداية»[1]: إذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة، ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها، أو يخالع المرأة بها، أو يستأجر بها داراً، أو يصالح بها عن دم عمد، أو يعتق عليها عبداً، اهـ.

وفي «الدر المختار»[2]: لا تثبت إلا في عقار ملك بعوض خرج الهبة، هو مال خرج المهر لا في إرث وصدقة وهبة لا بعرض مشروط، قال ابن عابدين: قوله: خرج الهبة أي التي لم يشترط فيها العوض، اهـ. وعُلِمَ من هذا أن ما حكى ابن رشد في «البداية»[3] من مذهب الحنفية أنه لا شفعة عندهم إلا في المبيع فقط، ليس بصحيح.

(قال مالك في رجل اشترى شقصاً) أي قطعة **(في أرض مشتركة بثمن)** يؤديه المشتري **(إلى أجل)** يعني اشتراه نسيئة **(فأراد الشريك)** الشفيع **(أن يأخذها**

---

(١) (٢/٣١٨).

(٢) (٦/٥٤٠).

(٣) «بداية المجتهد» (٢/٢٥٩).

بِالشُّفْعَةِ.

قَالَ مَالِكٌ: إِنْ كانَ مَلِيًّا، فَلَهُ الشُّفْعَةُ بِذٰلِكَ الثَّمنِ إِلَى ذٰلِكَ الْأَجلِ. وَإِنْ كَانَ مَخُوفاً أَنْ لَا يُؤَدِّيَ الثَّمَنَ إِلَى ذٰلِكَ الْأَجَلِ، فَإِذَا جَاءَهُمْ بِحَمِيلٍ مَلِيٍّ ثِقَةٍ مِثْلِ الَّذِي اشْتَرَى مِنْهُ الشِّقْصَ فِي الْأَرْضِ الْمُشْتَرَكَةِ، فَذٰلِكَ لَهُ.

بالشفعة، قال مالك) في الصورة المذكورة: **(إن كان)** الشفيع **(ملياً)** أي غنياً لا يخاف منه أن لا يؤدي الثمن إلى ذلك الأجل **(فله الشفعة)** أي يجوز له أخذها بالشفعة **(بذلك الثمن)** الذي اشترى به المشتري **(إلى ذلك الأجل)** الذي عينه المشتري **(وإن كان)** الشفيع **(مخوفاً)** بصيغة المفعول أي يخاف منه **(أن لا يؤدي الثمن إلى ذلك الأجل)** الذي عينه المشتري.

(فإذا جاءهم) أي إلى الشركاء **(بحميل)**أي كفيل وضامن **(ملي)** غني **(ثقة)** يكون الشفيع والكفيل في الاعتماد **(مثل الذي)** أي مثل المشتري الذي **(اشترى منه)** أي من البائع **(الشِقص في الأرض المشتركة)** يعني يكون الشفيع والكفيل في الاعتماد مثل المشتري **(فذلك له)** أي يجوز له أخذها بالشفعة بعد أن يأتي بالكفيل المعتمد، وإن لم يأت به فلا شفعة له.

قال الباجي[1]: وهذا كما قال: إن من اشترى شقصاً بثمن مؤجل، فإن الشفيع إنما يأخذه بمثل ذلك الدين إلى ذلك الأجل، لأن من حكم الشفعة إنفاذها بمثل الثمن الأول في قدره وصفته، وقال أبو حنيفة والشافعي: ليس له الأخذ إلا بثمنه حالاً أو الانتظار إلى أن يحل الأجل، فيأخذه بالنقد.

وقوله: إن كان ملياً فله الشفعة لما قدمناه من المماثلة، وهذا إذا تساويا في المَلاء والثقة، وإن كان المشتري أتمَّ غنىً من الشفيع وثقةً، قال أشهب في «المجموعة»، و «الموازية»: لم يكن الشفيع في مثل ملاء المشتري، فليأت

---

(١) «المنتقى» (٦/٢٠٨).

....

بحميل في مثل ثقة المشتري وملائه، وقال ابن المواز: والذي عندنا أنه ليس عليه حميل إذا كان ملياً، ثقة، وإن كان المبتاع أملأ منه.

وجه القول الأول ما يلزم من التساوي في الثمنين، فكذلك في الذمتين اللتين هما محلان لهما لا سيما مع التأجيل، ويؤيد هذا التأويل قوله: يأتي بحميل ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص، قال محمد: ولم يشترط هذا في رواية ابن القاسم، وعبد الملك عن مالك.

ووجه القول الثاني أن التساوي إنما يجب بما يتعلق به الحكم، وهو المَلَاء أو العدم، فيعتبر بذلك دون التفاضل، إذ الذمم لا تكاد تتساوى، ولا تأثير لها في الأخذ بالشفعة، ولذلك لو كان الشفيع أتم ملاءة وثقة لم يؤثر ذلك في أخذه بالشفعة، اهـ.

وفي «المحلى»: وبقول مالك قال الشافعي في القديم، وهو قول أحمد، وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد: الراجح في مذهبه للشفيع الخيار بين أن يعجل الثمن ويأخذ الشقص المشفوع وبين أن يصبر إلى حلول الأجل، فيرد الثمن، ويأخذ الشفعة، اهـ.

وقال الموفق(١): إذا كان الثمن مؤجلاً أخذه الشفيع بذلك الأجل إن كان مليئاً، وإلا أقام ضميناً مليئاً وأخذ، وبه قال مالك وإسحق، وقال الثوري: لا يأخذها إلا بالنقد حالاً، وقال أبو حنيفة: لا يأخذها إلا بثمن حالٍّ، أو ينتظر مضي الأجل ثم يأخذ، وعن الشافعي كمذهبنا، ومذهب أبي حنيفة لأنه لا يمكنه الأخذ بالمؤجل، لأنه يُفْضي إلى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع، والذمم لا تتماثل، ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالاً، لئلا يلزمه أكثر مما يلزم المشتري، فلم يبق إلا التخيير.

---

(١) «المغني» (٧/ ٤٨٢).

قَالَ مَالِكٌ: لَا تَقْطَعُ شُفْعَةَ الْغَائِبِ غَيْبَتُهُ. وَإِنْ طَالَتْ غَيْبَتُهُ. وَلَيْسَ لِذٰلِكَ عِنْدَنَا حَدٌّ تُقْطَعُ إِلَيْهِ الشُّفْعَةُ.

ولنا: أن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته، والتأجيل من صفاته، ولأن في الحلول زيادة على التأجيل، فلم يلزم الشفيع، وما ذكروه من اختلاف الذمم، فإنّا لا نوجبها حتى توجد الملاءة في الشفيع أو في ضمينه بحيث يتحفظ المال، فلا يضر اختلافهما فيما وراء ذلك، اهـ وبقول مالك ومن معه قال زفر كما في «الهداية»[1].

وفيها أيضاً، ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط، ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع، وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع، وليس الأجل وصف الثمن، لأنه حق المشتري، ولو كان وصفاً له لتبعه، فيكون حقاً للبائع كالثمن، وصار كما إذا اشترى شيئاً بثمن مؤجل، ثم ولّاه غيره لا يثبت الأجل إلا بالذكر كذا هذا، وقولهم: إن شاء صبر، مراده الصبر عن الأخذ، أما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لقول أبي يوسف الآخر، اهـ.

(قال مالك: ولا تقطع شفعة الغائب) بإضافة الشفعة إلى الغائب بالنصب مفعول لا تقطع **(غيبته)** مصدر مضاف إلى فاعله مرفوع على أنه فاعل لا تقطع **(وإن طالت غيبته)** وصلية **(وليس لذلك)** أي لطول غيبته **(عندنا حد)** معين **(تقطع)** إذا انتهى **(إليه الشفعة)**.

قال الباجي[2]: وهذا على ما قال: إن الأخذ بالشفعة للشفيع ثابت ما لم يترك، أو يظهر منه ما يدل على الترك، أو يأتي من طول المدة ما يعلم منه أنه تارك للشفعة، وعند أبي حنيفة والشافعي أنها على الفور، قال مالك في

---

(١) (٢/ ٣١٥).

(٢) «المنتقى» (٦/ ٢٠٩).

....

«الموازية» و«المجموعة»: لا تقطع شفعة الغائب غيبته ولو طالت، وإن لم يشهد في غيبته أنه على شفعته، وهذا إذا كانت غيبته بعيدة، وإن كانت قريبة، قال أشهب في الكتابين: إن كانت غيبته قريبة لا مؤنة عليه في الشخوص، فهو كالحاضر.

وأما الحاضر، فقد قال القاضي أبو محمد عن مالك فيه روايتان: **إحداهما**: أنه لا حَدَّ لذلك، **والثانية**: أن له حداً، وجه الرواية الأولى قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم»، وهذا على عمومه في الأوقات، والأحوال، ومن جهة المعنى أن هذا حق متعلق بالمال وكان المشتري عالماً به، وقادراً على إزالته عن نفسه بتوقيفه، ووجه الرواية الثانية أن في ترك الشفيع على شفعته إضراراً بالمشتري، ومنعاً له من التصرف في ملكه بالعمارة والإنفاق عليه، فكان له حد ينتهي إليه يأمن المبتاع عند انقضائه الشفعة.

فإذا قلنا بتحديد المدة فقد روى ابن القاسم عن مالك: السنة والسنتان قريب، وروى ابن الماجشون عن مالك: لا يقطع الشفعة مضيُّ السنة إلا أن يوقف، وقال: لا أرى الخمس سنين طولاً، وروي عن أصبغ هو على شفعته السنتين ونحو ذلك، فإذا قلنا بالسنة، وهو الأكثر من قول أصحابنا العراقيين، فوجه ذلك أن السنة جعلت قدراً لقطع الأعذار في الغيبة وغيرها، فإذا قلنا بالسنة فهل يكون لما قرب منها حكمها، قال أشهب: إذا غربت الشمس من آخر يوم السنة فلا شفعة له، وروى أشهب عن مالك السنة قريب، وهذا يقتضي نفي هذا التقدير، وقال ابن ميسر: ما قارب السنة دخل في حكمها، اهـ.

قال الزرقاني[١]: فأما إن كان حاضراً فهل حقه باقٍ مطلقاً حتى يصرح بالإسقاط وهو قول مالك، قال الأبهري: وهو القياس لأنه حق ثابت له فلا

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٧٩).

....

يبطله سكوته، أو لا شفعة له بعد سنة رواه أشهب عن مالك وبالغ فيه حتى قال: إذا غربت الشمس من آخر أيام السنة فلا شفعة، لكن المعتمد مذهب المدونة أن ما قاربها له حكمها، وفيه أنه الشهر والشهران أو ثلاثة أشهر أو أربع خلاف، اهـ.

وتقدم في أول الباب من كلام ابن رشد أن العلماء أجمعوا على أن الغائب على شفعته ما لم يعلم ببيع شريكه، قال: واختلفوا إذا علم، وهو غائب، فقال قوم: تسقط شفعته، وقال قوم: لا تسقط، وهو مذهب مالك، والحجة له ما روي عن النبي ﷺ في حديث جابر أنه قال: «الجار أحق بصقبه، ينتظر بها إذا كان غائباً»، اهـ.

وقال الموفق[1]: الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور إن طالبَ بها ساعة يعلم بالبيع، وإلا بطلت، نص عليه أحمد، وهذا قول ابن شبرمة والبتّي والأوزاعي وأبي حنيفة والعنبري والشافعي في أحد قوليه، وحكي عن أحمد رواية ثانية أن الشفعة على التراخي لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى، وهذا قول مالك وقول للشافعي إلا أن مالكاً قال: تنقطع بمضي سنة، وعنه بمضي مدة يُعْلَمُ أنه تاركٌ لها، وحكي عن ابن أبي ليلى والثوري أن الخيار مُقَدَّرٌ بثلاثة أيام، وهو قول الشافعي، لأن الثلاث حد بها خيار الشرط، فصلحت حداً لهذا الخيار.

ولنا، ما روى ابن البيلماني عن أبيه عن عمر ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ﷺ: «الشفعة كحلِّ العقال»، وفي لفظ أنه قال: «الشفعة كنشطَةِ العقال، إن قُيِّدَتْ ثَبَتَتْ، وإن تُرِكَتْ فاللَّومُ على من تركها»[2]، وروي عن

---

(١) «المغني» (٧/ ٤٥٣).

(٢) أخرجه ابن ماجه، في باب طلب الشفعة (٢/ ٨٣٥)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ١٠٨).

....

النبي ﷺ «الشفعة لمن واثبها»، رواه الفقهاء في كتبهم، ولأنه خيار لدفع الضرر عن المال، فكان على الفور، كخيار الرد بالعيب، ولأن إثباته على التراخي يضر بالمشتري لكونه لا يستقر ملكه على المشتري، ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه، والتحديدُ بثلاثة أيام تَحُكُّمٌ، لا دليل عليه، ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب.

وإذا تقرر هذا فقال ابن حامد: يتقدر الخيار بالمجلس، وهو قول أبي حنيفة، فمتى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال، لأن المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالقبض حالة العقد، وظاهر كلام الخرقي أنه لا يتقدر بالمجلس، بل متى بادر، فطالب عقيب علمه، وإلا بطلت، وهذا ظاهر كلام أحمد وقول للشافعي لما ذكرنا من الخبر.

وعلى هذا فمتى أخر المطالبة عن وقت العلم لعذر بطلت شفعته، ثم قال: والغائب له شفعة في قول أكثر أهل العلم، روي ذلك عن شريح والحسن وعطاء، وبه قال مالك والليث والثوري والأوزاعي والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي، وروي عن النخعي ليس للغائب شفعة، وبه قال الحارث العكلي والبتّي، إلا للغائب القريب، لأن إثبات الشفعة له يضر بالمشتري.

ولنا، عموم قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم»[١]، وسائر الأحاديث، وإذا ثبت هذا، فإنه إذا لم يعلم بالبيع إلا وقت قدومه فله المطالبة، وإن طالت غيبته، لأن هذا الخيار يثبت لإزالة الضرر عن المال، فتراخي الزمان قبل العلم لا يسقطه كالرد بالعيب، ومتى علم فحكمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه إن طالب على الفور استحق وإلا بطلت شفعته.

---

(١) تقدم تخريجه في: (٤٨٢).

قَالَ مَالِكٌ، فِي الرَّجُلِ يُوَرِّثُ الْأَرْضَ نَفراً مِنْ وَلَدِهِ ثُمَّ يُولَدُ لِأَحَدِ النَّفَرِ. ثُمَّ يَهْلِكُ الْأَبُ. فَيَبِيعُ أَحَدُ وَلَدِ الْمَيِّتِ حَقَّهُ فِي تِلْكَ الْأَرْضِ. فَإِنَّ أَخَا الْبَائِعِ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ مِنْ عُمُومَتِهِ، شُرَكَاءِ أَبِيهِ.

وإن علم وهو في السفر، فلم يشهد على مطالبته، فلا شفعة له، يعني متى علم الغائب بالبيع، وقدر على الإشهاد، وعلى المطالبة فلم يفعل أن شفعته تسقط، سواء قدر على التوكيل، أو عجز عنه، وهو ظاهر كلام أحمد، وهو وجه للشافعي، والوجه الآخر لا يحتاج إلى الإشهاد.

وقال القاضي: إذا سار عقيب علمه إلى البلد الذي فيه المشتري من غير إشهاد احتمل أن لا تبطل شفعته، لأن ظاهر سيره أنه للطلب، وهو قول أصحاب الرأي، والعنبري، وقول للشافعي، وقال أصحاب الرأي: له من الأجل بعد العلم قدر السير، فإن مضى الأجل قبل أن يبعث أو يطلب بطلت شفعته، وقال العنبري: له مسافة الطريق ذاهباً وجائياً، ولا خلاف في أنه إذا عجز عن الإشهاد في سفره أن شفعته لا تسقط، اهـ.

(قال مالك، في الرجل) الذي هو زيد مثلاً **(يُوَرِّث)** ببناء الفاعل **(الأرض نفراً من ولده)** يعني يموت زيد ويرثه أولاده عمرو وبكر وخالد مثلاً **(ثم يولد)** ببناء المجهول **(لأحد النفر)** من الأولاد المذكورة يعني يولد لعمرو شاهد وعابد **(ثم يهلك الأب)** أي عمرو، فيرثه ولداه شاهد وأخوه حصةَ الأب في الأرض المذكورة.

(فيبيع أحدُ ولدِ الميت) أي أحدٌ من أولاد عمرو يعني يبيع شاهد مثلاً **(حقه)** الذي كان **(في تلك الأرض)** التي وصلت إلى أبيهم عمرو من أبيه زيد. **(فإن أخا البائع)** وهو عابد **(أحق بشفعته من عمومته)** الذين كانوا **(شركاء أبيه)** يعني أن عابداً أحق بالشفعة من بكر وخالد الذين كانوا شركاء عمرو في هذه الأرض.

قال الباجي[١]: وهذا على ما قال: إن الإخوة إذا ورثوا أرضاً، فيتوفى

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢١٠).

قَالَ مَالِكٌ: وَهٰذَا الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

قَالَ مَالِكٌ: الشُّفْعَةُ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمْ. يَأْخُذُ كُلُّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ بِقَدْرِ نَصِيبِهِ. إِنْ كَانَ قَلِيلًا فَقَلِيلًا. وَإِنْ كَانَ كَثِيراً فَبِقَدْرِهِ. ....

أحدهم عن ولد ورثوه ثم باع أحد الولد نصيبه، فإن إخوة البائع أحق بشفعة ما باع من أعمامهم؛ لأن شركتهم أخص، فتختص بمضرة الشركة، وتبعيض السهام، وبسبب إزالة الضرر من القسمة، فكانت الشفعة بينهم أولى، اهـ.

وقال الموفق[1]، لو ورث أخوان داراً أو اشتريا بينهما نصفين أو غير ذلك، فمات أحدهما عن ابنين، فباع أحدهما نصيبه، فالشفعة بين أخيه وعمه، وبهذا قال أبو حنيفة والمزني والشافعي في الجديد، وقال في القديم: إن أخاه أحق بالشفعة وبه قال مالك، لأن أخاه أخص بشركته من العم، لاشتراكهما في سبب الملك، ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة، فكانت الشفعة بينهما، كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد، ولأن الشفعة ثبتت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته، وهذا يوجد في حق الكل، اهـ.

(قال) مالك: **(وهذا)** الذي ذكر من أن شقيقه أحق بالشفعة من الأعمام، هو **(الأمر)** المعمول به **(عندنا)** بالمدينة المنوّرة وعلمْتَ اختلاف الفقهاء في ذلك.

(قال مالك: الشفعة بين الشركاء) يعني إذا كان الشفيع أكثر من واحد **(على قدر حصصهم)** في الأرض **(يأخذ كل إنسان منهم على قدر نصيبه)** يعني **(إن كان)** نصيبه **(قليلاً فقليلاً)** يأخذ **(وإن كان)** نصيبه **(كثيراً فبقدره)**.

مثلاً تكون دار بين ثلاثة لأحدهم النصف، ولآخر الثلث، ولآخر السدس، فباع صاحب النصف نصيبه، فيأخذ صاحب الثلث ثلثي النصف،

---

(١) «المغني» (٧/ ٤٩٨).

وَذٰلِكَ إِنْ تَشَاحُّوا فِيهَا.

وصاحب السدس ثلثه، وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أرباعاً، لصاحب النصف ثلاثة أرباعه، وللآخر ربعه، وإن باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماساً، لصاحب النصف ثلاثة أخماسه، وللآخر خمساه.

قال الباجي[١]: وهذا على حسب ما قال: إن الشفعة بين الشركاء على قدر ما لهم من الأنصباء في المال المبيع بعضه، وليست الشفعة على عدد الشركاء، قال ابن المواز: وقاله علي بن أبي طالب، قال أشهب: لأن الشفعة إنما وجبت لشركتهم لا لعددهم، فوجب تفاضلهم فيها بتفاضل الشركة، اهـ.

قال الموفق[٢]: الصحيح في المذهب أن الشقص المشفوع إذا أخذه الشفعاء قُسِمَ بينهم على قدر أملاكهم، اختاره أبو بكر، وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء، وبه قال مالك وسوَّار والعنبري وإسحاق وأبو عبيد، وهو أحد قولي الشافعي، وعن أحمد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد رؤوسهم. اختارها ابن عقيل، وروي ذلك عن النخعي والشعبي، وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي؛ لأن كل واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع، فإذا اجتمعوا تساووا، ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك، فكان على قدر الأملاك، اهـ **(وذلك)** أي تقسيمهم على قدر حصصهم **(إذا تشاحّوا)** بتشديد الحاء المهملة أي تنازعوا **(فيها)**.

قال الباجي[٣]: هذا يقتضي أنهم إن لم يتشاحوا جاز لهم أن يأخذوا الشفعة على غير هذا، وإن لم[٤] يعط القليل من ذلك مثل ما يعطى من كثر

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢١١).

(٢) «المغني» (٧/ ٤٥٣).

(٣) «المنتقى» (٦/ ٢١١).

(٤) كذا في الأصل، والصواب وإن أعطي، اهـ. «ش».

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا أَنْ يَشْتَرِيَ رَجُلٌ مِنْ رَجُلٍ مِنْ شُرَكَائِهِ حَقَّهُ. فَيَقُولُ أَحَدُ الشُّرَكَاءِ: أَنَا آخُذُ مِنَ الشُّفْعَةِ بِقَدْرِ حِصَّتِي. وَيَقُولُ الْمُشْتَرِي: إِنْ شِئْتَ أَنْ ....

نصيبه أو أكثر، وقد حكى القاضي أبو محمد: لا تجوز هبة الشفعة ولا بيعها، والمشتري للشقص أحقُّ بذلك ممن وهبه إياها الشفيع، أو باعها منه، والفرق بينه وبين هذه المسألة أن الموهوب له لا حق له في الشفعة والشفيع الذي أعطي أكثر من حقه منها له حق في الشفعة، وإنما صار له نصيبه بالمشاحة ممن يستحق بذلك استحقاقه ولو ترك جميعهم الشفعة لكان له أن يأخذ جميعها، فلذلك جاز أن يهبه شريكه بعض الشفعة أو جميعها، لأنه في معنى تركه الأخذ بها، اهـ.

وقال الموفق: إن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة بعض شركائه أو غيره لم يصح، لأن ذلك عفو، وليس بهبة، فلم يصح لغير من هو عليه كالعفو عن القصاص، وهكذا في «الدر المختار»[1] إذ قال: لو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لم يصح، وسقط حقه به لإعراضه ويقسم بين البقية.

(قال) مالك: **(فأما أن يشتري رجل)** وهو خالد في مثالنا الآتي **(من رجل)** أي زيد **(من شركائه حقه)** أي نصيبه في المكان مثلاً يكون الدار مشتركاً بين زيد وعمرو وبكر، واشترى خالد نصيب زيد، وأراد عمرو الشفعة لكنه لا يريد أن يشتري جميع ما اشترى خالد عن زيد، بل يريد أن يأخذ بالشفعة بقدر حصته، وهي الثلث، ويقول خالد: إما أن تشتري الكل، أو تترك الشفعة، فيلزم ذلك عمراً إما أن يشتري الكل، أو يترك الشفعة، وليس له تفريق الصفقة، فإن فيه حرجاً على خالد.

(فيقول أحد الشركاء) المذكورين أي عمرو: **(أنا آخذ من الشفعة بقدر حصتي)** دون حصص الشركاء الآخرين **(ويقول المشتري)** خالد: **(إن شئت أن**

---

(١) انظر: (٦/ ٥٢٤).

تَأْخُذَ الشُّفْعَةَ كُلَّهَا أَسْلَمْتُهَا إِلَيْكَ. وَإِنْ شِئْتَ أَنْ تَدَعَ فَدَعْ. فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَ إِذَا خَيَّرَهُ فِي هٰذَا وَأَسْلَمَهُ إِلَيْهِ. فَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ إِلَّا أَنْ يَأْخُذَ الشُّفْعَةَ كُلَّهَا، أَوْ يُسْلِمَهَا إِلَيْهِ. فَإِنْ أَخَذَهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا. وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهُ.

تأخذ الشفعة كلها) يعني ما اشتريته كله **(أسلمتها إليك)** كلها **(وإن شئت أن تدع)** أي تترك الكل **(فدع)** الشفعة **(فإن المشتري)** خالداً **(إذا خَيَّره)** أي الشفيع عمراً **(في هذا وأسلمه)** كله **(إليه)** إلى عمرو **(فليس للشفيع)** عمرو **(إلا أن يأخذ الشفعة كلها أو يسلمها)** كلها **(إليه)** أي إلى المشتري خالد **(فإن أخذها)** الشفيع عمرو **(فهو أحق بها)** لشفعته **(وإلا)** أي إن لم يأخذ الكل **(فلا شيء له)** قال صاحب «المحلى»: وبه قال أبو حنيفة.

وقال الباجي[(١)]: يحتمل أن يريد بقوله: فيشتري رجل من رجل من شركائه أن رجلاً أجنبياً اشترى من رجل من شركاء المالك، فنسبه إليه بمعنى الملك كما يقال: صاحبه ومالكه، ويحتمل أن يريد به أن رجلاً من الشركاء اشترى من رجل من شركائه، فيكون ضمير من شركائه عائداً إلى المشتري.

فإن كان المشتري من غير الشركاء، فأراد رجل من جملة الشركاء أن يأخذ بقدر حصته من الشفعة، فقال المشتري: إما أن تأخذ الجميع أو تدع الجميع، فلا يخلو أن يكون سائر الشركاء غائباً أو حضوراً، فإن كانوا حضوراً، وأبوا الأخذ لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ الجميع أو يترك، فإن أخذ لم يكن لأحد من الشركاء بعد الترك الدخول معه.

وإن كان أشراكه غُيَّباً لم يكن للشفيع أن يأخذ حصته دون حصة أشراكه الغُيَّبِ حتى يقدموا. ثم قال: وأما إن كان المشتري أحد الشركاء فأراد أحد شركائه أن يأخذ الشفعة، وسلّمها سائرهم، وقال الشفيع: إنك شفيع معي، وأنا أترك لك بقدر حصتك من الشفعة، فلم أرَ فيه نصاً إلا ما تحتمل هذه المسألة من التأويل.

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢١٢).

....

قال الباجي: والذي عندي أن للمشتري أن يلزم الشفيع بأخذ الكل أو الترك، وليس للشفيع إلا ذلك؛ لأن المشتري أكثر ما فيه أنه شفيع تارك، فإن أراد الأخذ بالشفعة أخذ الكل، وإلا بطلت الشفعة، وهي عند المشتري بالشراء لا بالشفعة، اهـ.

قال الموفق[1]: إن كان المشتري شريكاً فللشفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وحكي عن الشعبي والحسن والبتِّي: لا شفعة للآخر، لأنها ثبتت لدفع ضرر الشريك الداخل، وهذا شركته متقدمة، فلا ضرر في شراء، وحكى ابن الصباغ عن هؤلاء أن الشفعة كلها لغير المشتري ولا شيء للمشتري فيها، لأنها تستحق عليه، فلا يستحقها على نفسه.

ولنا، أنهما تساويا في الشركة، فتساويا في الشفعة، كما لو اشترى أجنبي، بل المشتري أولى، لأنه قد ملك الشقص المشفوع، وما ذكرناه للقول الأول لا يصح، لأن الضرر يحصل بشراء هذا السهم المشفوع من غير نظر إلى المشتري، وقد حصل شراؤه، ولا يصح الثاني أيضاً؛ لأننا نقول: إنه يأخذ من نفسه بالشفعة، وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه، وإذا ثبت هذا، فإن لشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو، وإن قال المشترى: قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك، ولم يصح إسقاط المشتري، لأن ملكه استقر على قدر حقه فجرى مجرى الشفيعين، إذا أخذا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه، اهـ.

ثم قال الموفق[2]: وإذا كان الشقص بين الشفعاء، فترك بعضهم فليس للباقين إلا أخذ الجميع، أو ترك الجميع، وليس لهم أخذ البعض، قال

---

(١) «المغني» (٧/ ٤٩٩).
(٢) (٧/ ٥٠٠).

قَالَ مَالِكٌ، فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْأَرْضَ فَيَعْمُرُهَا بِالْأَصْلِ يَضَعُهُ فِيهَا. أَوِ الْبِئْرِ يَحْفِرُهَا. ثُمَّ يَأْتِي رَجُلٌ فَيُدْرِكُ فِيهَا حَقًّا. فَيُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَهَا بِالشُّفْعَةِ: إِنَّهُ لَا شفْعَةَ لَهُ فِيهَا. إِلَّا أَنْ يُعْطِيَهُ قِيمَةَ مَا عَمَرَ.

ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، ولأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر، لأن الشفعة إنما ثبتت على خلاف الأصل دفعاً لضرر الشريك الداخل خوفاً من سوء المشاركة، ومؤنة القسمة، فإذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر، فلم يتحقق المعنى المُجَوِّز لمخالفة الأصل، اهـ.

وقال ابن رشد[1]: أما إذا كان الشافعون أكثر من واحد فأراد بعضهم أن يشفع وسلّم له الباقي في البيوع، فالجمهور على أن للمشتري أن يقول للشريك: إما أن تشفع في الجميع أو تترك، وأنه ليس له أن يشفع بحسب حظه إلا أن يوافقه المشتري على ذلك، وأنه ليس له أن يبعض الشفعة على المشتري، إن لم يرض بتبعيض الصفقة، وقال أصبغ من أصحاب مالك: إن ترك بعضهم الأخذ بالشفعة رفقاً للمشتري، لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ حصته فقط، اهـ.

(قال مالك في الرجل يشتري الأرض فيعمرها) بضم الميم من العَمارة **(بالأصل)** أي بأصل شجر **(يضعه)** أي الأصل **(فيها)** في الأرض يعني يغرس فيها الأشجار **(أو البئر)** بالجر عطفاً على الأصل أي يعمرها بالبئر **(يحفرها)** بكسر الفاء **(ثم يأتي رجل)** شفيع **(فيدرك فيها حقاً)** له بالشفعة (**(فيريد أن يأخذها)** أي الأرض **(بالشفعة)** التي هي حق له، فقال مالك: **(فإنه لا شفعة له فيها إلا أن يعطيه)** الشفيع المشتري **(قيمة ما عمر)** المشتري من الأشجار أو

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٦١).

فَإِنْ أَعْطَاهُ قِيمَةَ مَا عَمَرَ، كَانَ أَحَقَّ بِالشُّفْعَةِ. وَإِلَّا فَلَا حَقَّ لَهُ فِيهَا.

البئر **(فإن أعطاه)** الشفيع **(قيمة ما عمر)** قائمة **(كان)** الشفيع **(أحق بشفعته وإلا)** أي إن لم يعطه قيمته **(فلا شفعة)** حق **(له)** أي للشفيع **(فيها)**.

قال الباجي[١]: وهذ على ما قال: إن المشتري إذا اشترى الأرض فعمرها، فإن عمارتها تكون على وجهين: **أحدهما**: بالغرس والبناء وما له أصل ثابت. **والثاني**: ما ليس له أصل ثابت من الزرع والحرث، فأما ما كانت عمارته بما له أصل ثابت، فإن الشفيع لا شفعة له إلا أن يعطيه قيمة ما عمر، قاله مالك في «الموازية» وغيرها.

ووجه ذلك أنه عمر بوجه حق؛ لأنه عمر في ملكه، فلم يكن للشفيع أن يأمره بالقطع، ولا يكون له أن يأخذ الأرض بالشفعة، ويشاركه المشتري بالعمارة، لأن ذلك ازدياد من ضرورة الشركة التي شرعت الشفعة لنفيها.

وتصور هذه المسألة بأن يكون المشتري اشترى الأرض كلها فعمرها، فاستحق رجل منها حصة، وأراد أخذ الباقي بالشفعة. وهذا قول مالك. أتى رجل بعد أن عمرَ، فأدرك فيها حقاً يريد ـ والله أعلم ـ استحق منها جزءاً، وأراد بقوله: أن يأخذها بالشفعة أنه أراد أن يتملك جميعها، وأما من اشترى شقصاً من أرض فبنى فيها ثم قام الشفيع، فإن العمارة تقوم مطروحة نقضاً، فإن شاء الشفيع أخذ ذلك بقيمته منقوضاً، وإلا أمر بقلعه، قاله مالك في «المجموعة»، ووجه ذلك أنه متعدٍّ بالبنيان، اهـ.

وقال الموفق[٢]: يتصور بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل: منها؛ أن يكون الشفيع غائباً، فيقاسمه وكيله، أو صغيراً فيقاسمه وليه، ونحو ذلك، ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصغير أو غير ذلك من

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢١٢).

(٢) «المغني» (٧/ ٤٧٦).

....

الصور التي ذكرها الموفق، فأخذه الشفيع بعد غرس المشتري وبنائه، فإن للمشتري قلع بنائه وغرسه إن اختار ذلك، لأنه ملكه، فإذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الأرض، ذكره القاضي، وهو مذهب الشافعي، لأنه غرس وبنى في ملكه، وظاهر كلام الخرقي أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع، لأنه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر.

فإن لم يختر المشتري القلع، فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء: ترك الشفعة، وبين دفع الغراس والبناء، فيملكه مع الأرض، وبين قلع الغرس والبناء، ويضمن له ما نقص بالقلع، وبهذا قال الشعبي والأوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبتي وإسحاق، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي: يكلف المشتري القلع، ولا شيء له، لأنه بنى فيما استحق غيره أخذه، فأشبه الغاصب، ولأنه بنى في حق غيره بغير إذنه، فأشبه ما لو باتت مستحقة، ولنا قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك، اهـ.

وفي «الهداية»: إذا بنى المشتري أو غرس، ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار، إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس، وإن شاء كلف المشتري قلعه، وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع، ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء وبين أن يترك، وبه قال الشافعي إلا أن له عنده أن يقلع ويعطي قيمة البناء، اهـ.

وفي «هامشه»: فالحاصل أن له عند أبي يوسف خيارين، وعند الشافعي له ثلاث خيارات، **اثنان** ما قاله أبو يوسف، **والثالث**: أن له قلع البناء ويضمن أرش النقصان، والفرق بين قول الشافعي وبين قولهما أي أبي حنيفة ومحمد في الأمر بالقطع أن عنده يضمن نقصان القلع، وعندهما لا يضمن، اهـ.

وقال ابن رشد(١): إذا أحدث المشتري بناءً أو غرساً في الشقص قبل

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٦٤).

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ بَاعَ حِصَّتَهُ مِنْ أَرْضٍ أَوْ دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ. فَلَمَّا عَلِمَ أَنَّ صَاحِبَ الشُّفْعَةِ يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ، اسْتَقَالَ الْمُشْتَرِيَ، فَأَقَالَهُ. قَالَ: لَيْسَ ذٰلِكَ لَهُ. وَالشَّفِيعُ أَحَقُّ بِهَا بِالثَّمَنِ الَّذِي كَانَ بَاعَهَا بِهِ.

قيام الشفيع، ثم قام الشفيع يطلب شفعته، فقال مالك: لا شفعة إلا أن يعطي المشتري قيمة ما بنى وما غرس، وقال الشافعي وأبو حنيفة: هو متعدٍ، وللشفيع أن يعطيه قيمة بنائه مقلوعاً أو يأخذه بنِقضه، والسبب في اختلافهم تردد تصرف المشتري العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق، وقد بنى في الأرض، وغرس، وذلك أنه وسط بينهما، فمن غلب عليه شبهة الاستحقاق لم يكن له أن يأخذ القيمة، ومن غلب عليه شبهة التعدي قال: له أن يأخذه بنِقضه، أو يعطيه قيمته منقوضاً، اهـ.

(قال مالك: ومن باع حصته من أرض أو دار مشتركة) بين الشركاء **(فلما علم)** البائع أو المشتري **(أن صاحب الشفعة يأخذ)** الحصة المبيعة **(بالشفعة استقال المشتري)** أي طلب منه الإقالة والمشتري يحتمل عندي أن يكون فاعلاً لاستقال أو مفعوله، ففاعله الضمير إلى البائع **(فأقاله)** البائع أو المشتري على الاحتمالين **(قال)** مالك في الصورة المذكورة: **(ليس ذلك له)** أي لا يجوز له الإقالة، ولا يسقط بهذه الشفعة **(والشفيع أحق بها)** أي بالحصة المبيعة **(بالثمن الذي كان باعها به)**.

قال الباجي[١]: ومعنى ذلك أن الإقالة لا تمنع الأخذ بالشفعة، لأن حق الشفيع قد وجب في الشقص المشترى، فلم يكن للمشتري والبائع أن يسقطا حقه منه بالإقالة ولا بغيرها، ولا خلاف أن للشفيع أن يأخذ بالبيع الأول، وهل له أن يأخذ بالإقالة، وتكون عهدته على المشتري أم لا؟ مبنيٌّ على

(١) «المنتقى» (٦/ ٢١٤).

....

اختلاف قولهم في الإقالة: هي بيع حادث أم نقض بيع؟ فإذا قلنا: إنه نقض بيع، لم يكن له أن يأخذ بالإقالة، وإنما له أن يأخذ بالبيع الأول، وإذا قلنا: إنه بيع حادث، فإن له أن يأخذ بالبيع الأول، أو بالإقالة، فتكون عهدته إن شاء على البائع وإن شاء على المشتري، اهـ.

قلت: وتقدم في البيوع الكلام على اختلافهم في الإقالة هل بيع جديد أو فسخ بيع سابق؟ وعليه يتفرع أمر الشفعة.

قال الموفق(١): اختلفت الرواية في الإقالة، فعن الإمام أحمد أنها فسخ، وهو الصحيح، وهو مذهب الشافعي، والثانية: أنها بيع، وهي مذهب مالك، وحكي عن أبي حنيفة أنها فسخ في حق المتعاقدين، وبيع في حق غيرهما، فلا تثبت أحكام البيع في حقهما، بل تجوز في السلم وفي المبيع قبل قبضه، ويثبت حكم البيع في حق الشفيع حتى يجوز له أخذ الشقص الذي تقايلا فيه بالشفعة، ثم قال بعد ذكر ما اختاره من ترجيح الفسخ: ولا يستحق بها الشفعة إن كان فسخاً، لأنها رفع للعقد، وإزالة له، وليست بمعاوضة، فأشبهت سائر الفسوخ، ومن حلف لا يبيع، فأقال لم يحنث، ولو كانت بيعاً استحقت بها الشفعة، وحنث الحالف على ترك البيع بفعلها، اهـ.

وقال أيضاً في الشفعة: لو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة؛ لأنهااستحقت به، لكن في «الشرح الكبير»: إن فسخ العقد بعيب أو إقالة أو تحالف فللشفيع أخذه يعني إذا رد المشتري الشقص بعيب، أو قايل البائع فللشفيع فسخ الإقالة، والرد، والأخذ بالشفعة؛ لأن حقه سابق عليهما، اهـ.

وقال ابن رشد(٢): أجمعوا على أن الإقالة لا تبطل الشفعة من رأى أنها

---

(١) «المغني» (٦/ ١٩٩).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٦٣).

قَالَ مَالِكٌ: مَنِ اشْتَرَى شِقْصاً فِي دَارٍ أَوْ أَرْضٍ. وَحَيَواناً وَعُرُوضاً فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ. فَطَلَبَ الشَّفِيعُ شُفْعَتَهُ فِي الدَّارِ أَوِ الْأَرْضِ فَقَالَ الْمُشْتَرِي: خُذْ مَا اشْتَرَيْتُ جَمِيعاً. فَإِنِّي إِنَّمَا اشْتَرَيْتُهُ جَمِيعاً.

بيع، ومن رأى أنها فسخ، واختلف أصحاب مالك على من عهدة الشفيع في الإقالة؟ فقال ابن القاسم: على المشتري، وقال أشهب: هو مخير، اهـ.

وفي «الهداية»: إن ردها بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة؛ لأنه فسخ في حقهما بيع ثالث في حق ثالث والشفيع ثالث، اهـ.

وفي «الدر المختار»[1]: هي بيع في حق ثالث، وثمرته في مواضع، فالأول لو كان المبيع عقاراً، فسلم الشفيع الشفعة، ثم تقايلا قضي له بها لكونها بيعاً جديداً، فكان الشفيع ثالثهما، قال ابن عابدين: قوله: فسلم الشفيع، قَيّد به لتظهر فائدة كونها بيعاً، وإلا لو لم يسلم بأن أقال قبل أن يعلم الشفيع بالبيع، فله الأخذ بالشفعة أيضاً، إن شاء بالبيع الأول، وإن شاء بالبيع الحاصل بالإقالة، اهـ قلت: وهذا موافق لما تقدم من كلام الباجي في مذهب المالكية.

(قال مالك: من اشترى شقصاً) أي قطعة **(في دار أو أرض)** أي عقار **(وحيواناً)** بالواو في جميع النسخ المصرية، وهو الصواب أي واشترى مع العقار غيره أيضاً من الحيوان وغيره فما في النسخ الهندية «أو حيواناً» بلفظ «أو» تحريف من الناسخ **(وعروضاً)** أي متاعاً آخر **(في صفقة واحدة)** أي عقد واحد **(فطلب الشفيع شفعته في الأرض أو الدار)** أي في العقار، فإنه هو محل الشفعة **(فقال المشتري: خذ ما اشتريت)** بصيغة المتكلم **(جميعاً)** أي من العقار والعروض **(فإني إنما اشتريته جميعاً)** في عقد واحد.

---

(١) (٧/ ٣٥١).

قَالَ مَالِكٌ: بَلْ يَأْخُذُ الشَّفِيعُ شُفْعَتَهُ فِي الدَّارِ أَوِ الْأَرْضِ. بِحِصَّتِهَا مِنْ ذٰلِكَ الثَّمَنِ. يُقَامُ كُلُّ شَيْءٍ اشْتَرَاهُ مِنْ ذٰلِكَ عَلَى حِدَتِهِ. عَلَى الثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ. ثُمَّ يَأْخُذُ الشَّفِيعُ شُفْعَتَهُ بِالَّذِي يُصِيبُهَا مِنَ الْقِيمَةِ مِنْ رَأْسِ الثَّمَنِ. وَلَا يَأْخُذُ مِنَ الْحَيَوانِ وَالْعُرُوضِ شَيْئاً. إِلَّا أَنْ يَشَاءَ ذٰلِكَ.

(قال مالك) في الصورة المذكورة لا يلزم الشفيع أخذ المجموع **(بل)** يجوز أن **(يأخذ الشفيع شفعته في الأرض أوالدار)** فقط بدون ما معه من العرض أو الحيوان **(بحصتها)** أي بحصة الأرض **(من ذلك الثمن)** المجموع الذي أعطي البائع، وتصوير أخذه بحصتها من الثمن أن **(يقام)** أي يقوم **(كل شيء اشتراه)** من الدار والحيوان **(على حدته)** بكسر الحاء المهملة أي متميزاً عن غيره **(على الثمن)** المجموع **(الذي اشتراه به)** مثلاً اشترى العقار والحيوان معاً في مائة دينار، فقوم كل واحدة منهما على حدته، فقوم العقار بستين ديناراً، والحيوان بأربعين ديناراً.

(ثم يأخذ الشفيع شفعته) في العقار **(بالذي يصيبها من القيمة)** وهي ستون ديناراً **(من رأس الثمن)** أي من الثمن المجموع **(ولا يأخذ)** أي لا يلزمه أن يأخذ **(من الحيوان والعروض شيئاً)** إذ لا شفعة فيهما **(إلا أن يشاء)** الشفيع **(ذلك)** أي أخذ المجموع، فيجوز له أن يأخذ المجموع، لا لأن الشفعة فيه، بل لأن المشتري عرضه عليه والشفيع قبله، فكأنهما اتفقا على بيع جديد.

قال الباجي[1]: ومعنى ذلك أن من اشترى شقصاً مما فيه الشفعة، ومعه في الصفقة ما لا شفعة فيه من الحيوان وغيره، فلا يخلو أن يكون ذلك من ذلك الحائط، كعبيده العاملين فيه ودوابه وآلته، أو يكون مما لا تعلق له.

أما **الأول**: ففي «المجموعة» عن سحنون: أن ما بيع مع الحائط من آلته

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢١٤).

....

ورقيقه أن فيه الشفعة، لأن صلاح الحائط لا يتم إلا به، وإنما يكون له حكم التبع إذا كان قد أثر في الحائط عمله أو العمل به، فأما ما لم يعمل به ولم يكن له فيه تأثير، فلا يكون صفة من صفات الحائط.

وأما **الثاني**: يعني ما كان غير متعلق بالمبيع ولا تبعاً له مثل أن يبيع شقصاً وثوباً بثمن ما أن الثمن يُفَضُّ على الشقص والثوب، فما أصاب الثوب فهو ثمنه، وبه يأخذ الشفيع إن شاء، وقوله: لو قال المشتري: خذ ما اشتريت، يريد أنه لا يلزم ذلك الشفيع، ولو اتفقا على ذلك لجاز وكان بيعاً مستأنفاً، ولذلك قال مالك: إلا أن يشاء ذلك، اهـ.

وقال الموفق[١]: إذا باع شقصاً مشفوعاً ومعه ما لا شفعة فيه، كالسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعةُ في الشقص بحصته من الثمن دون ما معه، فَيُقَوَّمُ كل واحد منهما، ويُقَسَّمُ الثمنُ على قدر قيمتهما، فما يخص الشقص يأخذه الشفيع، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، ويحتمل أن لا تجب الشفعة لئلَّا تتبعَّض صفقةُ المشتري، وفي ذلك إضرار به، فأشبه ما لو أراد الشفيع أخذ بعض الشِّقص، وقال مالك: تثبت الشفعة فيهما لذلك.

ولنا، أن السيف لا شفعة فيه، ولا هو تابع لما فيه الشفعة، فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفرده، وما يلحق المشتري من الضرر فهو ألحقه بنفسه بجمعه في العقد بين ما تثبت فيه الشفعة، وما لا تثبت، ولأن في أخذ الكل ضرراً بالمشتري أيضاً، لأنه ربما كان غرضه في إبقاء السيف له، ففي أخذه منه إضرارٌ به من غير سبب يقتضيه، اهـ.

قلت: ما حكي من مذهب مالك لا يوافقه ما في «الموطأ» و «الباجي».

قال الدردير[٢]: وأخذ الشقص المشتري مع غيره في صفقة بما يخصه من

---

(١) «المغني» (٧/ ٤٨٢).

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ٤٧٧).

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ بَاعَ شِقْصاً مِنْ أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ. فَسَلَّمَ بَعْضُ مَنْ لَهُ فِيهَا الشُّفْعَةُ لِلْبَائِعِ. وَأَبَىٰ بَعْضُهُمْ إِلَّا أَنْ يَأْخُذَ بِشُفْعَتِه: إِنَّ مَنْ أَبَىٰ أَنْ يُسَلِّمَ يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ كُلِّهَا. وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِقَدْرِ حَقِّهِ وَيَتْرُكَ مَا بَقِيَ.

الثمن ولزم المشتري الباقي وهو الغير المصاحب للشقص، قال الدسوقي: وليس له إلزام الشفيع به ولا للشفيع أخذه جبراً عن المشتري، اهـ.

(**قال مالك: من باع شقصاً من أرض مشتركة**) بين خمسة نفر مثلاً، فباع أحدهم حصته (**فسلّم بعض من له فيها الشفعة**) البيع (**للمبتاع**)[1] يعني سلّم اثنان مثلاً، البيع للمبتاع، وأسقطا حقهما من الشفعة (**وأبى بعضهم**) التسليم (**إلا أن يأخذ بشفعته**) يعني أراد الاثنان الباقيان أخذها بالشفعة، قال مالك في الصورة المذكورة: (**إن من أبى**) منهم (**أن يسلم**) البيع للمبتاع يلزمه أن (**يأخذ بالشفعة كلها. وليس له**) أي لا يجوز له (**أن يأخذ بقدر نصيبه ويترك ما بقي**).

قال الباجي[2]: معنى ذلك أن بعض الشفعاء إذا سلّم الشفعة، وأراد بعضهم الأخذ بها، فإن أراد أن يأخذ جميعها لم يكن للمشتري أن يمنعه من ذلك، لأنه شفيع، فلا تتبعض عليه الشفعة للمشتري، فإن أراد أن يأخذ بقدر حصته، فلا يخلو أن يسوغه ذلك المشتري أو يمنعه منه، فإن سَوَّغه ذلك جاز؛ لأن الحق في استيعاب الشفعة، إنما هو حق لهما، فإذا رضيا بترك ذلك جاز، وإن أبى المشتري من ذلك، فعلى ما قال في الأصل لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ الجميع، أو يترك الشفعة لما على المشتري في أخذ الشفيع البعض من الضرر بتبعيض صفقته، اهـ.

وتقدم نظير ذلك قريباً في قول مالك: الشفعة بين الشركاء على قدر حصصهم، وتقدم قريباً أن ذلك مجمع عليه عند الأئمة الأربعة وغيرهم كما

---

(١) وفي نسخة «ف» للبائع.

(٢) «المنتقى» (٦/ ٢١٥).

قَالَ مَالِكٌ، فِي نَفَرٍ شُرَكَاءَ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ. فَبَاعَ أَحَدُهُمْ حِصَّتَهُ، وَشُرَكَاؤُهُ غُيَّبٌ كُلُّهُمْ. إِلَّا رَجُلًا. فَعَرَضَ عَلَى الْحَاضِرِ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ أَوْ يَتْرُكَ. فَقَالَ: أَنَا آخُذُ بِحِصَّتِي وَأَتْرُكُ حِصَصَ شُرَكَائِي حَتَّى يَقْدَمُوا. فَإِنْ أَخَذُوا فَذٰلِكَ. وَإِنْ تَرَكُوا أَخَذْتُ جَمِيعَ الشُّفْعَةِ.

قَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَأْخُذَ ذٰلِكَ كُلَّهُ أَوْ يَتْرُكَ. فَإِنْ جَاءَ شُرَكَاؤُهُ، أَخَذُوا مِنْهُ أَوْ تَرَكُوا إِنْ شَاؤُوا. فَإِذَا عَرَضَ هٰذَا عَلَيْهِ فَلَمْ يَقْبَلْهُ، فَلَا أَرَى لَهُ شُفْعَةً.

حكاه الموفق، إذ قال: إذا كان الشقص بين الشفعاء، فترك بعضهم، فليس للباقين إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع، قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا.

(قال مالك في نفر شركاء) أي سبعة رجال مثلاً اشتركوا **(في دار واحدة)** أو أرض واحدة **(فباع أحدهم)** أي أحدُ السبعة **(حصته، وشركاؤه غُيَّبٌ)** جمع غائب **(كلهم إلا رجلاً واحداً)** يعني خمس من الشركاء غائبون **(فعرض)** البائع **(على)** الشريك الواحد **(الحاضر أن يأخذ)** حصته من المبيع **(بالشفعة أو يترك)** الشفعة **(فقال)** الشريك الحاضر: **(أنا آخذ بحصتي)** أي بقدر حصتي **(وأترك حصص)** جمع حصة **(شركائي)** الذين غابوا (**حتى يقدموا، فإن أخذوا)** بعد القدوم حصصهم **(فذلك)** لهم **(وإن تركوا)** الشفعة بعد القدوم **(أخذت جميع الشفعة)** أي سائر الشقص المبيع.

(قال مالك) في الصورة المذكورة **(ليس له)** أي للشريك الحاضر **(إلا أن يأخذ ذلك)** الشقص المبيع **(كله أو يترك)** الشفعة.

(فإن) أخذ الحاضر كله، ثم **(جاء شركاؤه)** فإن شاءوا **(أخذوا منه)** أي من الذي أخذ الكل بالشفعة بقدر حصصهم **(أو تركوا إن شاءوا)** له الشفعة **(فإذا عرض)** الشريك البائع **(هذا)** الكلام **(عليه)** أي على الشريك الحاضر **(فلم يقبله)** أي لم يقبل الشريك الحاضر أخذ الكل بالشفعة **(فلا أرى له شفعة)** أي

....

سقط حقه من الشفعة، وهذا أيضاً مبنيٌّ على المسألة المتقدمة المجتمع عليها أنه ليس لواحد من الشفعاء أن يأخذ حصته فقط، بل إما أن يأخذ الكل أو يترك الكل.

قال الباجي(١): وإن كان أشراكه غُيَّباً لم يكن للشفيع أن يأخذ حصته دون حصة أشراكه الغيب حتى يقدموا، وليأخذ الآن الكل أو يترك، فإن ترك فلا دخول له مع أصحابه إذا قدموا وأخذوا الشفعة، فإن قدم واحد ممن غاب قيل له: خذ الجميع أو اترك الجميع، ولو أخذ الحاضر الجميع، فمن قدم دخل معه في الشفعة إن أراد ذلك على قدر حصتهما، كما لو لم يكن شريك غيرهما، اهـ.

وقال الموفق(٢): فإن كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعةُ، فإذا قدم أحدهم فليس له إلا أن يأخذ الكل أو يترك الكل، لأنا لا نعلم اليوم مطالباً سواه، ولأن في أخذه البعض تبعيضاً لصفقة المشتري فلم يجز ذلك، كما لو لم يكن معه غيره، ولا يمكن تأخير حقه إلى أن يقدم شركاؤه، لأن في التأخير إضراراً بالمشتري، فإذا أخذ الجميع، ثم حضر آخر قاسمه إن شاء أو عفا، فيبقى للأول، لأن المطالبة لهما، فإن قاسمه ثم حضر الثالث قاسمهما، اهـ.

وفي «الهداية»: لو أسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم، ولو كان البعض غيباً يقضى بها بين الحضور على عددهم، لأن الغائب لعله لا يطلبه، وإن قضي لحاضر بالجميع، ثم حضر آخر يقضى له بالنصف، ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقاً للتسوية، اهـ.

وهذا مبنيٌّ على مسلك الحنفية أن الشفعة بين الشركاء على قدر رؤوسهم، لا على سهامهم في المبيع.

(١) «المنتقى» (٦/ ٢١٢).

(٢) «المغني» (٧/ ٥٠١).

(٢) باب ما لا تقع في الشفعة

١٤٢٥/ ٤ ـ قَالَ يَحْيَىٰ: قَالَ مَالِكٌ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عُمَارَةَ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ؛ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ قَالَ: إِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فِي الْأَرْضِ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا. وَلَا شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ ....

---

(٢) ما لا يقع فيه الشفعة

أي بيان الأشياء التي لا تجب فيها الشفعة، وقد تقدم إجمال الكلام عليها في أول الباب الماضي في شرائط الشفعة، فإن ما لا تجب فيها شرطها لا تجب فيها الشفعة.

١٤٢٥/ ٤ ـ **(مالك عن محمد بن عمارة)** بضم العين ابن عمرو بن حزم الأنصاري **(عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم)** كذا في النسخ الهندية، وفي المصرية «أبي بكر بن حزم»، فهو منسوب إلى جد أبيه، زاد البيهقي بعد ذلك واسطة أبان بن عثمان كما سيأتي قريباً **(أن عثمان بن عفان)** ذا النورين **(قال: إذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها)** وقد تقدم في الباب السابق مرفوعاً إلى النبي ﷺ **(ولا شفعة في بئر)** قال صاحب «المحلى»: لكونه غير متحمل القسمة، وبه أخذ الشافعي ومالك أنه لا شفعة فيما لا يقسم، اهـ.

قال الباجي[١]: يريد ـ والله أعلم ـ بئر لا أرض لها مشاعة، ولا يُقسم ماؤها، وإنما هي من آبار الشفة أو آبار سقي الأرض، إلا أن الأرض قد بيعت دونها أو قسمت، وفي «المدونة» عن مالك فيمن قاسم شريكه الأرض والنخل، ثم باعه نصيبه من العين، فلا شفعة فيه، ولو لم يقاسمه النخل والأرض حتى باع نصيبه من العين لكان له الشفعة فيها، ومعنى ذلك ـ والله أعلم ـ أن البئر والعين لم يكن فيهما بنفسهما، فإذا كانت تبعاً لما فيه الشفعة حتى تكون منفعتها مصروفة إليها، وتكون صفة من صفاتها ثبتت فيها الشفعة، وإذا لم تكن تبعاً لها فلا شفعة فيها، اهـ.

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢١٦).

....

وقد تقدم في الشرط الثالث من الشروط المتقدمة في الباب السابق اختلافهم فيما لا يمكن قسمته من العقار، وتقدم شيء من البسط في مرسل ابن المسيب أن رسول الله ﷺ قضى بها فيما لم يُقْسَمْ.

قال الموفق[١]: أما ما لا يمكن قسمته من العقار كالحمام الصغير، والرَّحى الصغيرة، والعِضَادة، والطريق الضيقة، والعراص الضيقة، فعن أحمد فيها روايتان، **إحداهما**: لا شفعة فيه، وبه قال الشافعي، **والثانية**: فيها الشفعة. وهو قول أبي حنيفة. وعن مالك كالروايتين. وجعل الرواية الأولى ظاهر المذهب، واستدل له لأثر عثمان ـ رضي الله عنه ـ هذا، ثم قال: فأما ما أمكن قسمته مما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع البيوت بحيث إذا لم يستضر بالقسمة، وأمكن الانتفاع به حماماً، فإن الشفعة تجب فيه، وكذلك البئر، والدور، والعضائد، متى أمكن أن يحصل من ذلك شيئان، كالبئر ينقسم بئرين يرتقي الماء منهما، وجبت الشفعة، وكذلك إن كان مع البئر بياض أرض بحيث يحصل البئر في أحد النصيبين، وجبت الشفعة أيضاً، لأنه تمكن القسمة، اهـ.

وعُلِمَ منه أن في البئر الشفعة عند الحنفية إذ لا يشترط عندهم إمكان القسمة، وهي إحدى الروايتين عن مالك وأحمد، وفي «الدر المختار»[٢]: شرط الشفعة أن يكون المحل عقاراً، قال ابن عابدين: والمراد بالعقار هاهنا غير المنقول، فدخل الكرم والرحا والبئر، وخرج البناء والأشجار، فلا شفعة فيها إلا بتبعية العقار، اهـ.

وقال السرخسي: وكذلك القناة والعين والبئر، فهي العقارات يستحق فيها الشفعة بالجوار، وصاحب النصيب في النهر أولى بالشفعة ممن يجري النهر في

---

(١) «المغني» (٧/ ٤٤١).

(٢) (٩/ ٣٦٢).

وَلَا فِي فَحْلِ النَّخْلِ.

أرضه؛ لأنه جار باتصال أرضه بالنهر، والشريك في المبيع مقدم على الجار، اهـ. وفي «المجمع»: لا شفعة في بئر، ولا فحل، أي البئر تكون لجماعة يسقون منها نخيلهم، فإذا باع أحدهم سهمه من النخيل، فلا شفعة للشركاء في سهمه من البئر؛ لأنها لا تنقسم، اهـ.

وقال ابن رشد[١]: لا شفعة عند مالك في الطريق ولا في عرصة الدار. ولم يجز أبو حنيفة الشفعة في البئر والفحل، وأجازها في العرصة والطريق، ووافق الشافعي مالكاً في العرصة والطريق والبئر، واستدل أبو حنيفة على منع الشفعة في البئر، بما روي «لا شفعة في بئر»، ومالك حمل هذا الأثر على آبار الصحاري التي تعمل في الأرض الموات، لا التي تكون في أرض متملكة، اهـ. كذا قال.

وما حُكي عن الحنفية يخالف ما تقدم عن السرخسي، فتأمل.

(ولا في فحل النخل) هكذا في جميع النسخ المصرية[٢] والهندية، وكذا في البيهقي[٣] برواية ابن بكير عن مالك، وأخرج بعد ذلك برواية عبد الله بن إدريس عن محمد بن عمارة عن أبي بكر بن حزم أو عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم الشك من أبي عبيد عن أبان بن عثمان عن عثمان ـ رضي الله عنه ـ قال: لا شفعة في بئر ولا فحل، والأُرَفُ[٤] يقطع كل شفعة، قال ابن إدريس: الأرف المعالم، وقال الأصمعي: هي المعالم، والحدود، قال ابن إدريس: وأظن الفحل فحل النخل، اهـ.

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٥٨).

(٢) انظر: «الاستذكار» (٢١/ ٢٩٤).

(٣) «السنن الكبرى» (٦/ ١٠٥).

(٤) الأُرَفُ: واحدها الأُرْفَةُ: الحدُّ.

....

وفي «المجمع»: حديث «لا شفعة في بئر ولا فحل» أراد فحل النخل أي ذَكَره تلقح منه، لأنه لا ينقسم، ويجمع الفحل على فحول والفحال على فحاحيل، فإذا باع أحدهم نصيبه المقسوم من ذلك الحائط بحقوقه من الفحال وغيره، فلا شفعة للشركاء في الفحال، لأنه لا يمكن قسمته، اهـ.

وفي «النهاية»: فحل النخل، ذكر تلقح منه، وإنما لم تثبت فيه الشفعة، لأن القوم كانت لهم نخيل في حائط، فيتوارثونها ويقتسمونها، ولهم فحل يلقحون منه نخيلهم، فإذا باع أحدهم نصيبه المقسوم من ذلك الحائط بحقوقه من الفحال وغيره، فلا شفعة للشركاء في الفحال، لأنه لا يمكن قسمته، اهـ.

وقيل: إنما لم يثبت فيه الشفعة، لأنه ليس بعقار، ووجه تخصيصه بالذكر أن القوم كانوا يلحقون[١] منه نخيلهم، فإذا باع أحد نصيبه من تلك النخل بحقوقه من الفحل وغيره فلا شفعة للشركاء في الفحل لعدم كونه عقاراً، كذا في «المحلى».

وقال الباجي: لا شفعة في فحل النخل، يريد ـ والله أعلم ـ أن تكون نخلة واحدة يحتاج إليها لتلقيح الحائط، فإن كان الحائط مشتركاً بين أرباب الفحل، فحكمه حكم العين أو البئر لها أرض مشتركة، وإن لم يكن مع النخلة من الفحل حائط يلقح به، فحكمه حكم النخلة الواحدة، وفي «الموازية» عن مالك: إذا قسم الحائط، وبقي الفحل والفحلان، ولا يقدر أن يقسم، فليس[٢] ذلك شفعة.

وقال ابن القاسم: لا شفعة في النخلة الواحدة، لأنها لا تنقسم، وقال ابن الماجشون: فيها الشفعة، لأنها من الأصول الثابتة، وبه قال أشهب

---

(١) كذا في الأصل، والصواب يلقحون، اهـ. «ش».

(٢) كذا في الأصل، والظاهر ليس في ذلك شفعة، انتهى. «ش».

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى هٰذَا، الْأَمْرُ عِنْدَنَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا شُفْعَةَ فِي طَرِيقٍ صَلُحَ الْقَسْمُ فِيهَا أَوْ لَمْ يَصْلُحْ.

وأصبغ، وذلك مبنيٌّ على إثبات الشفعة فيما لا ينقسم من الأصول الثابتة كالدار الصغيرة وما أشبه ذلك، اهـ.

(**قال مالك: وعلى هذا**) الذي ذكر في أثر عثمان هو (**الأمر**) المرجح (**عندنا**) بالمدينة المنوّرة من أنه لا شفعة في أرض إذا وقعت الحدود، ولا شفعة أيضاً في بئر ولا فحل، وقال صاحب «المحلى»: قول مالك: وعلى هذا الأمر يعني أنه لا شفعة في شيء لو قسم بطل منفعته المقصودة كحَمَّام ورحىً وبئر، اهـ.

(**قال مالك: ولا شفعة في طريق صلُح القسم**) أي يمكن القسمة (**فيها**) أي في الطريق، فإنه يذكر ويؤنث (**أو لم يصلح**) قال الباجي[١]: وقد قال في «الموازية»: لا شفعة في طريق ولا عرصة وإن صلح فيها القسم، ومعنى ذلك أن الطريق لا شفعة فيها، لأنها مبنية على الاشتراك في المنافع على صورتها، ولذلك لم يثبت فيها شفعة كمجرى الماء، وقال مالك في «المدونة»: لا أرى أن يقسم مجرى الماء، وقال ابن القاسم: لا يقسم الطريق إذا أبى ذلك أحدهم، وهذا يقتضي معنى الشفعة فيه على حسب ما تقدم، اهـ.

وسيأتي كلام الدردير في ذلك قريباً في القول الآتي. وتقدم مراراً اختلافهم فيما لا يمكن القسمة هل فيه شفعة، أم لا؟ وعلى ذلك يتفرع الاختلاف في الشفعة في الطريق الضيق والوسيع، وعند الحنفية الشفعة في العقار مطلقاً، سواء يمكن قسمته أم لا، كما يأتي في القول الآتي، وتقدم مراراً.

---

(١) «المنتقى» (٩/ ٢١٧).

قَالَ مَالِكٌ: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ فِي عَرْصَةِ دَارٍ صَلَحَ الْقَسْمُ فِيهَا أَوْ لَمْ يَصْلُحْ.

وقال الموفق(١): وأما الطريق، فإن الدار إذا بيعت ولها طريقٌ في شارع أو درب نافذٍ، فلا شفعة في تلك الدار ولا في الطريق، لأنه لا شركة لأحد في ذلك، وإن كان الطريق في درب غير نافذٍ، ولا طريق للدار سوى تلك الطريق، فلا شفعة أيضاً، لأن إثبات ذلك يضر بالمشتري لأن الدار تبقى لا طريق لها.

وإن كان للدار باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها إلى طريق نافذٍ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار، فإن كان ممراً لا يمكن قسمته فلا شفعة فيه، وإن كان تمكن قسمته وجبت الشفعة فيه، لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة، ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال، لأن الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق إلى مكان آخر مع ما في الأخذ بالشفعة من تفويت صفقة المشتري، وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض، فلم يجز كما لو كان الشريك في الطريق شريكاً في الدار، فأراد أخذ الطريق وحدها، والقول في دهليز الجار وصحنه كالقول في الطريق المملوك.

وإن كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته، فذكر القاضي أن الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود المقتضي، وعدم المانع، والصحيح أنه لا شفعة فيه، لأن في ثبوتها تبعيض صفقة المشتري، ولا يخلو من الضرر، اهـ.

(قال مالك: الأمر) المختار **(عندنا أنه لا شفعة في عرصة)** بفتح عين مهملة وسكون راء أي ساحة **(دار)** قسمت بيوتها **(صلح القسم فيها أو لم يصلح)** أي تكون مما يمكن القسمة فيه أو لا يمكن.

قال الباجي(٢): أما عرصة الدار ففي «الموازية» و «المجموعة» من رواية

---

(١) «المغني» (٧/ ٤٤٣).

(٢) «المنتقى» (٦/ ٢١٧).

....

ابن القاسم عن مالك: إذا قسمت البيوت وبقيت العرصة، فلأحدهم بيع نصيبه من البيوت والعرصة، ولا شفعة لشريكه في العرصة، ووجه ذلك أن حكمها حكم الإشاعة، وقد خرجت عن أن تكون تبعاً للبيوت التي فيها الشفعة بقسمة البيوت، اهـ.

وقال الدردير[1]: لا شفعة في عرصة أي ساحة الدار التي بين بيوتها ولا في ممر أي طريق قسم متبوعه، وهو البيوت أي وبقيت العرصة أو الممر مشتركاً، فلا شفعة فيهما، سواء باع الشريك حصتَه منهما مع ما حصل له من البيوت، أو باعها وحدها، ولا أمكن قسمها، لأنها لما كانت تابعة لما لا شفعة فيه، وهو البيوت المنقسمة كانت لا شفعة فيها.

قال الدسوقي: قوله: عرصة أي المسماة بالحوش، وسميت عرصة لتعرص الصبيان أي تفسحهم فيها، وقوله: لأنها لما كانت تابعة أشار بهذا إلى أن العلة في عدم الشفعة في الممر إذا قسم متبوعه كونه ليس مقصوداً لذاته، بل لغيره، وهو متبوعه، فلما سقطت في متبوعه سقطت فيه، وأما تعليل بعضهم بأنه لا يملك لكونه وقفاً ففيه نظر، لأن الوقف هو الممر العام، وأما ممر جماعة خاصة، فهو مملوك لهم قطعاً، اهـ.

قلت: وقول الدسوقي: فلما سقطت في متبوعه معناه أن البيوت لما انقسمت لم تبق فيها الشركة، فلم تبق فيها الشفعة عند من اقتصرها على الشركة، وأما من قال بشفعة الجوار، فعنده تبقى فيه الشفعة أيضاً. وتقدم ما قال الموفق: إن القول في دهليز الدار وصحنه كالقول في الطريق المملوك، اهـ. وتقدم مسلك الحنفية أن الشفعة عندهم في العقار مطلقاً، سواء كان مما يمكن قسمته أو لا يمكن.

---

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ٤٨٢).

قَالَ مَالِكٌ، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى شِقْصاً مِنْ أَرْضٍ مُشْتَرَكَةٍ. عَلَى أَنَّهُ فِيهَا بِالْخِيَارِ. فَأَرَادَ شُرَكَاءُ الْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذُوا مَا بَاعَ شَرِيكُهُمْ بِالشُّفْعَةِ. قَبْلَ أَنْ يَخْتَارَ الْمُشْتَرِي. إِنَّ ذٰلِكَ لَا يَكُونُ لَهُمْ حَتَّى يَأْخُذَ الْمُشْتَرِي وَيَثْبُتَ لَهُ الْبَيْعُ فَإِذَا وَجَبَ لَهُ الْبَيْعُ، فَلَهُمُ الشُّفْعَةُ.

وفي «الدر المختار»[1]: لا تثبت قصداً إلا في عقار، وإن لم يكن يقسم خلافاً للشافعي كرحىٰ أي بيت الرحى مع الرحى وحمام وبئر ونهر وبيت صغير. قال ابن عابدين: قوله: خلافاً للشافعي؛ لأن من أصله أن الأخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة، وذا لا يتحقق فيما لا يحتملها، وعندنا لدفع ضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام، اهـ.

(قال مالك في رجل اشترى شقصاً) أي قطعة **(من أرض مشتركة)** بين الناس **(على أنه)** أي المشتري **(فيها بالخيار)** أي جعل المشتري له خيار الشرط **(فأراد شركاء البائع)** كلهم أو بعضهم **(أن يأخذوا)** أي يشتروا **(ما باع شريكهم)** وهو القطعة المذكورة **(بالشفعة)** متعلق بيأخذوا **(قبل أن يختار المشتري)** الشراء، فقال مالك: **(إن ذلك لا يكون لهم)** ولا يجوز **(حتى يأخذ المشتري ويثبت له البيع)** بانقطاع الخيار **(فإذا وجب)** وثبت **(له البيع فلهم الشفعة)** بعد ذلك.

قال الباجي[2]: ومعنى ذلك أن البيع إذا كان على وجه اللزوم تثبت فيه الشفعة، لأنه قد كمل وانتقل به المبيع إلى ملك المبتاع، وإذا كان على وجه الخيار فالمبيع باقٍ على ملك البائع، فلا تثبت الشفعة مع بقائه على ملك البائع. قال مالك: وسواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، قال ابن القاسم: وكذلك لو كان الخيار لأجنبي، اهـ.

قال الدردير[3]: لا شفعة في بيع خيار، إلا بعد مُضِيِّه أي لزوم البيع،

---

(١) (٦/ ٥٤٠).

(٢) «المنتقى» (٦/ ٢١٧).

(٣) «الشرح الكبير» (٣/ ٤٨٣).

....

قال الدسوقي: سواء بيع على الخيار لمشترٍ أو لبائع، أولهما، أو لأجنبي، لأنه غير لازم، اهـ.

وقال الموفق[١]: ولا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وحده أيهما كان، وقال أبو الخطاب: يتخَرَّج أن تثبت الشفعة، لأن الملك انتقل، فثبتت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه، وقال أبو حنيفة: إن كان الخيار للبائع أو لهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضي، لأن في الأخذ بها إسقاط حق البائع من الفسخ، وإلزام البيع في حقه بغير رضائه، ولأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري. ولم ينتقل الملك إليه.

وإن كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك إليه ولا حق لغيره فيه، والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع، واستقرار الملك، فلأن يملك ذلك قبل لزومه أولى، وعامة ما يُقَدَّرُ ثبوت الخيار له، وذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة كما لو وجد به عيباً، وللشافعي قولان كالمذهبين، ولنا، أنه مبيع فيه الخيار، فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان للبائع، اهـ.

وفي «المحلى» عن «المنهاج» و «شرحه»: لو اشترط الخيار لهما أو للبائع لم يُؤخذ بالشفعة حتى ينقطع الخيار، سواء قلنا: الملك في زمنه للبائع أم للمشتري أو موقوف، وإن شرط للمشتري وحده، فالأظهر أنه يؤخذ بالشفعة، إن قلنا: إن الملك في زمن الخيار للمشتري وإلا فلا، اهـ.

وقال ابن رشد[٢]: اتفق العلماء على أن المبيع بالخيار إذا كان الخيار فيه للبائع لا شفعة فيه حتى يجب البيع، واختلفوا إذا كان الخيار للمشتري، فقال الشافعي والكوفيون: الشفعة واجبة، لأن البائع قد صرم الشقص عن ملكه،

(١) «المغني» (٧/ ٤٤٧).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٥٩).

وَقَالَ مَالِكٌ، فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي أَرْضاً فَتَمْكُثُ فِي يَدَيْهِ حِيناً. ثُمَّ يَأْتِي رَجُلٌ فَيُدْرِكُ فِيهَا حَقًّا بِمِيرَاثٍ: إِنَّ لَهُ الشُّفْعَةَ إِنْ ثَبَتَ حَقُّهُ.

وأبانه منه، وقيل: إن الشفعة غير واجبة، لأنه غير ضامن، وبه قال جماعة من أصحاب مالك، اهـ.

وفي «الهداية»[1]: من باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع، لأنّه يمنع زوال الملك عن البائع، وإن أسقط الخيار وجبت الشفعة، لأنه زال المانع، ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح من المذهب، وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة، لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق، والشفعة تبتني عليه، وإذا أخذها الشفيع في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد، ولا خيار للشفيع، لأن خيار الشرط يثبت بالشرط، وهو للمشتري دون الشفيع، اهـ بزيادة.

(قال مالك، في رجل اشترى داراً) وفي النسخ المصرية «في الرجل يشتري أرضاً» **(فمكثت)** وفي المصرية «فتمكث»، **(في يديه)** أي يدي المشتري **(حيناً)** أي زماناً **(ثم أتى رجل)** آخر **(فأدرك فيها)** أي في الأرض المبيعة **(حقاً)** له **(بميراث)** فقال مالك في الصورة المذكورة: **(إن له الشفعة)** ثابتة **(إن ثبت حقه)** الذي ادّعى للميراث.

قال الباجي[2]: معنى هذا أن من اشترى أرضاً ثم استحق رجل بعضها بميراث أو غيره من ابتياع أقدم من ابتياع المستحق من يده أو غير ذلك من وجوه الاستحقاق المتقدمة، فإن المستحق يقضى له بما استحق من الدار، قال: ويكون له أن يأخذ باقيها بالشفعة، ولو كان المبتاع قد ردّ ما بقي بيده من الدار إلى البائع لما استحق منه نصفها لكان للشفيع الأخذ بالشفعة، لا يقطع شفعته ردّ المبتاع إلى ما بقي بيده إلى البائع.

---

(١) (٢/٣١٩).

(٢) «المنتقى» (٦/٢١٩).

وَإِنَّ مَا أَغَلَّتِ الْأَرْضُ مِنْ غَلَّةٍ فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ. إِلَى يَوْم يَثْبُتُ حَقُّ الآخَرِ. لِأَنَّهُ قَدْ كَانَ ضَمِنَهَا لَوْ هَلَكَ مَا كَانَ فِيهَا مِنْ غِرَاسٍ،

ووجه ذلك أن ملك المستحق أقدم من أمد البيع، وقد نقل البيع ما بقي فيها إلى ملك المبتاع، فثبت بذلك حق الشفعة للشفيع، فلا يبطلها ردّها إلى البائع، كما أقاله من جميع الشقص المبيع، اهـ.

وقال ابن رشد[1]: إن استحق إنسان شقصاً في أرض، قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق شقصٌ ما، هل له أن يأخذ بالشفعة أم لا؟ فقال قوم: له ذلك لأنه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع، ولا فرق في ذلك كانت يده عليه أو لم تكن، وقال قوم: لا تجب له الشفعة، لأنه إنما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق ألا ترى أنه لا يأخذ الغلة من المشتري، وقال مالك: إن طال الزمان فلا شفعة، وإن لم يطل ففيه الشفعة، وهو استحسان، اهـ.

وسيأتي استثناء طول الزمان. وفي «العالمگيرية»: رجلان ورثا عن أبيهما أجمة، وأحد الوارثين لم يعلم بالميراث، ولم يعلم بأن له منها نصيباً، فبيعت أجمة أخرى بجوار هذه الأجمة، فلم يطلب هو الشفعة، فلما علم أن له فيها نصيباً طلب الشفعة في الأجمة، قالوا: تبطل الشفعة، لأن شرط تأكد الشفعة طلب المواثبة عند العلم بالبيع، فإذا لم يطلب، والجهل ليس بعذر، لا تبقى له الشفعة، اهـ.

(وإن ما أَغَلَّت الأرضُ) أي ما ربحت في الأرض **(من غلة)** بفتح الغين المعجمة الدخل الذي يحصل من الزرع والثمر واللبن والإجارة والنتائج وغيرها كذا في «المجمع» **(فهي)** أي الغلّة **(للمشتري الأول)** دون الشفيع **(إلى يوم يثبت حق الآخر)** أي حق الشفيع، لأن حقه لم يثبت فيه قبل ذلك **(لأنه)** أي المشتري الأول **(قد كان ضمنها)** أي الأرض **(لو)** كان **(هلك ما فيها من غراس)** وغيره

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٦٢).

أَوْ ذَهَبَ بِهِ سَيْلٌ.

قَالَ: فَإِنْ طَالَ الزَّمَانُ، أَوْ هَلَكَ الشُّهُودُ، أَوْ مَاتَ الْبَائِعُ أَوِ الْمُشْتَرِي، أَوْ هُمَا حَيَّانِ، فَنُسِيَ أَصْلُ الْبَيْعِ وَالِاشْتِرَاءِ لِطُولِ الزَّمَانِ، فَإِنَّ الشُّفْعَةَ تَنْقَطِعُ. وَيَأْخُذُ حَقَّهُ الَّذِي ثَبَتَ لَهُ. ....

(أو ذَهَبَ به) أي بما نبت فيها **(سيلٌ)** أي مطر شديد، وقد أجمعوا على ما قال النبي ﷺ: «الخراج بالضمان».

قال الباجي[1]: ووجه ذلك أن ذلك كان في ملكه، ومن ضمانه، ولو تلف جميعها، أو هلك ما فيها من غرس أو ذَهَب به سيلٌ، فوجب أن تكون الغلة له، يريد ما كان له حكم الغلة كالثمرة، وما لم يكن من جنس الأصل، وأما ما كان من جنس الأصل مثل الودي، فإنه مثل ولد الحيوان، فله حكمه في الرد بالعيب والاستحقاق، اهـ.

قال الموفق[2]: إذا نما في يد المشتري لم يخلُ من حالين: **أحدهما**: أن يكون النماء متصلاً كالشجر إذا كثُر، أو ثمرةٍ لم تظهرْ، فالشفيع يأخذه بزيادته، لأن هذه زيادة غير متميزة، فتبعت الأصل.

والثاني: أن تكون زيادة منفصلة كالغلة والثمرة الظاهرة، فهي للمشتري لا حق فيها للشفيع، لأنها حدثت في ملكه، اهـ.

(فإن طال الزمان) أي قدم عهد شراء المشتري **(أو هلك)** أي مات **(الشهود)** جمع شاهد **(أو مات البائع أو)** مات **(المشتري أو هما)** أي البائع والمشتري **(حَيَّان)** لكنه طال الزمان **(فنسي)** كل واحد منهما **(أصل البيع والاشتراء)** وفي نسخة «الشراء» **(لطول الزمان)** أي زمان الشراء **(فإن الشفعة تنقطع)** في هذه الصورة كلها **(ويأخذ)** الشفيع أصل **(حقه)** فقط **(الذي ثبت له)**

---

(١) «المنتقى» (٢/ ٢١٩).

(٢) «المغني» (٧/ ٤٧٧).

....

في الأرض بالميراث، لأنه تحقق ملكه فيه، ولا يزول عنه ملكه لطول الزمان.

وقد تقدم قريباً من كلام ابن رشد أن طول الزمان يسقط الشفعة عند مالك، وأما عند الحنفية، فلا شفعة أصلاً إذ لم يواثب عند البيع، كما تقدم عن «العالمگيرية».

قال الباجي[1]: يريد أن لطول الزمان تأثيراً في إبطال الشفعة، فإذا أتى من طول الزمان ما تبيد فيه الشهود وبادوا لم يجىء ذلك بالإشهاد على شهادتهم حتى لم يمكن إثبات ثمن المشتري، فإن الشفعة تبطل بثلاثة أوجه؛ **أحدها**: لطول الزمان، فإن له تأثيراً في إبطال الشفعة، ولذلك قلنا: إنه إذا مضى قدر سنة مع حضور الشفيع تبطل شفعته.

والثاني: أن الظاهر تركه الطلب بها على وجه ما يطلب بذلك، ولم يصرف النظر إلى ذلك حتى طال الزمان، ومضت المدد التي لا يكاد يغيِّرُ فيها ذو الحق عن النظر في الطلب لحقه، فإن الظاهر تركه للشفعة، ولهذا أيضاً تأثير في إبطال الشفعة، ولهذا تثبت فيما قرب من المدد دون ما بعد منها.

والثالث: أنه إن لم يثبت الثمن وجهل، فإن له تأثيراً في إبطال الشفعة، فإذا اجتمعت هذه الوجوه كان لها تأثير في إبطال الشفعة.

فعلى هذا لطول المدة أحوال: منها أن تطول جداً حتى يأتي من المدة ما يبيد فيه الشهود وينسى الثمن، فهذا يبطل شفعة الغائب والحاضر، وما هو أقصر من ذلك من المدة تبطل فيها شفعة الحاضر دون الغائب على ما تقدم، وما دون ذلك من المدة تجب اليمين فيها على الحاضر أنه ما ترك فيها القيام تركاً لشفعته، ويكون له الأخذ بالشفعة، وما هو أقرب من ذلك له فيه الأخذ بالشفعة دون يمين، اهـ. وقد تقدم الكلام على شفعة الغائب والحاضر قريباً.

(١) «المنتقى» (٦/ ٢٢٠).

وَإِنْ كَانَ أَمْرُهُ عَلَى غَيْرِ هٰذَا الْوَجْهِ فِي حَدَاثَةِ الْعَهْدِ وَقُرْبِهِ، وَأَنَّهُ يَرَى أَنَّ الْبَائِعَ غَيَّبَ الثَّمَنَ وَأَخْفَاهُ لِيَقْطَعَ بِذٰلِكَ حَقَّ صَاحِبِ الشُّفْعَةِ، قُوِّمَتِ الْأَرْضُ عَلَى قَدْرِ مَا يُرَى أَنَّهُ ثَمَنُهَا. فَيَصِيرُ ثَمَنُهَا إِلَى ذٰلِكَ. ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَى مَا زَادَ فِي الْأَرْضِ ....

(**وإن كان أمره على غير هذا الوجه**) الذي ذكر من طول الزمان (**في حداثة**) أي قرب (**العهد وقربه**) عطف تفسير لحداثة وهذا بيان للغير (**وأنه**) أي الشفيع (**يرى أن البائع غيَّبَ**) بالتثقيل على صيغة الماضي (**الثمن**) أي (**وأخفاه**) عطف تفسير (**ليقطع بذلك**) أي بجهل الثمن (**حق صاحب الشفعة**) لأن الجهل بالثمن يسقط الشفعة، كما تقدم في من اشترى شقصاً بعرض.

وقال الباجي[1]: يريد أن إخفاء قدر الثمن وجنسه بمجرده لا يقطع الشفعة، وإنما يقطع ذلك إخفاء قدر الثمن وجنسه، لطول المدة، ولو كان الجهل بالثمن يبطل الشفعة لاتفق المتبايعان على كتمانه، وبطلت الشفعة، وثبت الضرر، وهذا باطل باتفاق، اهـ.

وتسقط الشفعة عند الحنفية في هذه الصورة أيضاً، ففي «الدر المختار»[2] فيما يسقط به الشفعة: وكذا لو اشترى بدراهم معلومة مع قبضة فلوس جهل قدرها، وضَيَّعَ الفلوسَ بعد القبض في المجلس، لأن جهالة الثمن تمنع الشفعة، وفي «شرحه»: قوله: ضيّع لئلا يمكن للشفيع معرفتها، اهـ. وكذا عند الشافعية كما يأتي عن «شرح الإقناع»: تسقط مع الكراهة. (**قُوِّمَتِ الأرضُ**) ببناء المجهول (**على قدر ما يرى أنه ثمنُها**) عند المقوِّمين (**فيصير ثمنها إلى ذلك**) يعني يجعل ثمنها هذا الذي قَوَّمَه المقومون.

(**ثم يُنْظر**) ببناء المجهول (**إلى**) قيمته (**ما زاد**) المشتري (**في الأرض**)

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢٢٠).

(٢) (٩/ ٤٠٦).

مِنْ بِنَاءٍ أَوْ غِرَاسٍ أَوْ عِمَارَةٍ فَيَكُونُ عَلَى مَا يَكُونُ عَلَيْهِ مَنِ ابْتَاعَ الْأَرْضَ بِثَمَنٍ مَعْلُومٍ. ثُمَّ بَنَى فِيهَا وغَرَسَ. ثُمَّ أَخَذَهَا صَاحِبُ الشُّفْعَةِ بَعْدَ ذٰلِكَ.

المذكورة **(من بناء)** بيان لما زاد **(أو غِراس)** فعال بمعنى مفعول ككتاب بمعنى مكتوب **(أو عمارة)** بناها المشتري **(فتكون)** هذه الزيادة، وفي نسخة «فيكون» أي ما زاد على القيمة المقومة **(على)** وفق **(ما يكون عليه)** الأمر في **(من ابتاع)** أي اشترى **(الأرض)**الأخرى **(بثمن معلوم)** متعين **(ثم بنى فيها)** المشتري **(وغرس، ثم أخذها صاحب الشفعة بعد ذلك)** أي بعد بنائه يعني يكون حكم هذا الذي ادّعى فيه جهل الثمن بعد التقويم، مثل حكم من اشترى بثمن معلوم، ثم بنى فيها قبل الأخذ بالشفعة، وقد تقدم حكمه قريبا في قول مالك في الرجل يشتري الأرض، فيعمرها بالأصل يضعها فيها.

وقال الموفق[1]: لا يَحِلُّ الاحتيالُ لإسقاط الشفعة، وإن فعل لم تسقط، وبهذا قال أبو أيوب وأبو خيثمة وابن أبي شيبة وأبو إسحاق الجوزجاني، وقال ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ: من يخدع الله يخدعه، ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه، ويتواطئون في الباطن على خلافه، مثل أن يشتري شقصاً يساوي عشرة دنانير بألف درهم، ثم يقضيه عنها عشرة دنانير، أو يشتري شقصاً بألف، ثم يبرئه البائع من تسعمائة، أو يهب الشقص للمشتري، ويهب المشتري له الثمن، أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار، كحَفْنة قُراضَةٍ، أو جوهرة مُعَيَّنة، أو سلعة معينة، أو بمائة درهم ولؤلؤة، وأشباه هذا.

فهذا كله إذا وقع من غير تحيّل سقطت الشفعة، وإن تحيّلا به على إسقاط الشفعة لم تسقط، ويأخذ الشفيع الشِقْصَ في الصورة الأولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم، وفي الثانية بالباقي بعد الإبراء، وفي الثالثة يأخذ

---

(١) «المغني» (٧/ ٤٨٥).

....

بالثمن الموهوب، وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن، أو بقيمته إن لم يكن مثلها إذا كان الثمن موجوداً.

وإن لم يوجد عينه دفع إليه قيمة الشقص، لأن الأغلب وقوع العقد على الأشياء بقيمتها، وقال أصحاب الرأي والشافعي: يجوز ذلك كله، وتسقط به الشفعة، لأنه لم يأخذ بما وقع البيع به، فلم يجز كما لو لم يكن حيلة.

ثم بسط في الاستدلال لمختاره من حرمة الحيل، وتقدم الكلام على الحيل في أبواب البيوع في «باب ما يكره من الثمر»، وتقدم هناك أن الحيل كلها حرام عند مالك وأحمد، خلافاً للحنفية والشافعي.

وأما في **مسألة الباب**، ففي «البدائع»[1]: الحيلة إما إن كانت بعد وجوب الشفعة، وإما إن كانت قبله، فإن كانت بعد الوجوب قيل: إنها مكروهة بلا خلاف، وذلك بأن يقول المشتري للشفيع: صالحتك على كذا وكذا درهماً على أن تسلم لي شفعتك، فيقبل، فتبطل شفعته، ولا يستحق بدل الصلح، وإن كانت قبل، فقد اختلف فيه قال أبو يوسف: لا تكره، وقال محمد: تكره، وجه قول محمد أن شرع الحيلة يؤدي إلى سدّ باب الشفعة، وفيه إبطال هذا الحق أصلاً ورأساً.

وجه قول أبي يوسف أن الحيلة قبل الوجوب منع من الوجوب بمباشرة سبب الامتناع شرعاً، وهذا جائز كالشراء والهبة وسائر التمليكات، فإن المشتري يمنع حدوث الملك للبائع في المبيع بمباشرة سبب الامتناع شرعاً، وهو الشراء، وكذا الهبة وسائر التمليكات.

وقد خرج الجواب عن قول محمد أن هذا إبطال لحق الشفعة، لأن إبطال الشيء بعد ثبوته ضررٌ، والحق هاهنا لم يثبت بعد ذلك، فلا تكون الحيلة

---

(١) «بدائع الصنائع» (٤/ ١٤٣).

قَالَ مَالِكٌ: وَالشُّفْعَةُ ثَابِتَةٌ فِي مَالِ الْمَيِّتِ، كَمَا هِيَ فِي مَالِ الْحَيِّ. ....

إبطالاً له، بل هو منع من الثبوت بمباشرة سبب الامتناع شرعاً، وأنه جائز، فما ذكره أبو يوسف ـ رحمه الله ـ هو الحكم، وما ذكره محمد احتياطاً، والأصل في شرع الحيلة قوله سبحانه وتعالى في قصة سيدنا أيوب عليه السلام: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَٱضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ﴾[١] اهـ.

وفي «شرح الإقناع»[٢]: إذا اشترى بجزاف نقداً كان أو غيره امتنع الأخذ بالشفعة لتعذر الوقوف على الثمن، والأخذ بالمجهول غير ممكن، وهذا من الحيل المسقطة للشفعة، وهي مكروهة لما فيها من إبقاء الضرر وصورها كثيرة. منها؛ أن يبيعه بمجهول مشاهد ويقبضه ويخلطه بغيره بلا وزن في الموزون أو ينفقه أو يتلفه، قال البجيرمي: قوله: مكروهة، أي قبل ثبوت الشفعة، أما بعدها فتحرم، ووجه الحرمة في الثانية تفويته الحق بعد ثبوته بخلاف الأولى، فإن الحق لم يثبت، اهـ.

(قال مالك: والشفعة ثابتة في مال الميت، كما هي) ثابتة **(في مال الحي)** ذكر الباجي[٣] في تفسير كلام الإمام هذا احتمالين: **الأول**: قال: يحتمل قوله هذا أن يكون الميت قد خلف ورثة، فباع بعضهم أو جميعهم، فلسائر الورثة إن باع بعضهم أو لمن شركهم إن باع جميعهم الشفعة، فعلى هذا يكون معنى قوله: الشفعة ثابتة في مال الميت، أي في المال الذي كان للميت وانتقل عنه بوراثة، اهـ.

وعلى هذا فالمسألة إجماعية بين الأئمة الأربعة، قد تقدم بيانها في قول مالك في الرجل يورث الأرض نفراً من ولده.

---

(١) سورة ص: الآية ٤٤.

(٢) (٣/ ١٨٢).

(٣) «المنتقى» (٦/ ٢٢٠).

....

والاحتمال الثاني: ما قال الباجي: ويحتمل أن يريد أنه بقي على حكم الميت إما بدينٍ لزمه يباع فيه مالُه، أو بوصيةٍ تعلقت به، وقد قال في «المجموعة» في ميت لحقه دين، فباع عليه الإمام أرضه مزايدة، فقال أحد الورثة بعد البيع: أنا أؤدي من الدين بقدر ما عليّ، وآخذ بقية نصيب شركائي بالشفعة، فإن كان في بقية ما يباع من الأرض تمام ذلك فله ذلك، وإلا فلا شفعة له فيه.

قال الباجي[1]: ومعنى ذلك عندي أنه إن أوفى ثمن الأرض بالدين، فإن للورثة أن يقضوا دينه من أموالهم، ويتمسكوا بالأرض، فإن سلمها بعضُهم فمن تمسك بحظه منها له الشفعة فيما سلم سائر الورثة؛ لأنهم في الحقيقة بائعون وهو شريك لهم، متمسك بحظه، فله الشفعة فيما بيع من سهام سائر الورثة، وإن قصر ثمن الأرض عن الدين، فليس للورثة أن يخرجوا قدر الثمن من أموالهم، ويتمسكوا بالأرض، فإنهم في ذلك كسائر الناس، فإن زادوا على ما أعطى غيرهم بالأرض اشتروا الأرض، وإن كان بعضهم زاد، وامتنع بعضهم من ذلك، فمن زاد منهم مشترٍ، لا وارث، فلا شفعة له مع من شركه من الشركاء من أجنبي أو وارث، وإن لم يزيدوا على ما أعطى غيرهم، فمن أعطى أولاً ذلك الثمن، فهو أحق به، والورثة والأجنبيون في ذلك سواء.

وقال أشهب في «الموازية» في المتوفى يحيط الدين بماله: ليس للغرماء أخذ شفعته، وللورثة أخذها، فإن أخذوها بمال الميت، فللغرماء الثمن والفضل حتى يستوفوا حقوقهم، فما بقي فللورثة، وإن أخذوها بِمَالِهِم، فإن كانت تساوي أكثر من الثمن بيعت، وقضي بالفضل دينه، وإن لم تبلغ إلا الثمن، أو أقل لم تبع عليهم، وقال ابن عبدوس عن سحنون: لمالك فيها

(١) «المنتقى» (٦/ ٢٢١).

....

تفسير لم يقع عليه أشهب، وكان يعجب به سحنون، ويراه أصلاً، وقاله المغيرة.

قال سحنون: قال مالك: يبدأ بالورثة، فيقال لهم: إن قضيتم الدين فلكم الشفعة؛ لأن الميراث بعد الدين، فإن أبوا، وبيع ميراث الميت لدين، فلا شفعة لهم؛ لأن الشقص الذي يشفع به قد بيع، ولم يملكوه في مال، ولا حلّوا محل الميت، لتبريهم من تركته.

قال المغيرة: وإذا أبى الورثة أن يقضوا الدين، وأحبوا أن يباع المال، فإن كان فيه فضل ورثوه، فلا شفعة لهم، ولا للغرماء؛ لأن الغرماء لا يملكون الشقص الذي ثبتت به الشفعة، وهذه المسألة وإن كان فيها معنى التفسير الذي قدمناه، ففي المسألة كلها نظر، لأن الشفيع ليس له أن يأخذ بالشفعة ليبيعها، وفي هذه المسألة أخذ الشقص بالشفعة ليباع، وقد قال أشهب في «الموازية»: لو قال قائل: ليس لمن أحاط به الدين شفعة؛ لأنه إنما يأخذ ليباع في دينه ما عقبه، وقال سحنون: إنما ذلك لأن المفلس محجور عليه يريد ـ والله أعلم ـ أنه يباع عليه بالحكم، ويؤخذ له من الشفعة ما فيه الأصلح له في أداء دينه، اهـ.

وقال الموفق[1]: لو مات مفلس، وله شقص، فباع شريكه، كان لورثته الشفعة، وهذا مذهب الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا شفعة لهم؛ لأن الحق انتقل إلى الغرماء، ولنا، أنه بيع في شركة ما خلفه موروثُهم من شِقْصٍ، فكان لهم المطالبة بشفعته، كغير المفلس.

ولا نُسَلّمُ أن التركة انتقلت إلى الغرماء، بل هي للورثة، بدليل أنها لو تمت أو زاد ثمنها، لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم، وإنما تعلق حقهم به،

(١) «المغني» (٧/ ٥١١).

....

فلم يمنع ذلك من الشفعة، كما لو كان لرجل شقصٌ مرهونٌ فباع شريكه، فإنه يستحق الشفعة به، ولو كان للميت دار فبيع بعضها في قضاء دينه، لم يكن للورثة شفعة؛ لأن البيع يقع لهم، فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم، ولو كان الوارث شريكاً للموروث، فبيع نصيب الموروث في دينه فلا شفعة أيضاً؛ لأن نصيب الموروث انتقل بموته إلى الوارث، فإذا بيع فقد بيع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه، اهـ.

وقال[1] في الإفلاس: حَكى بعضُ أصحابنا فيمن مات وعليه دين، هل يمنع الدينُ نقلَ التركة إلى الورثة؟ على روايتين: **إحداهما**: لا يمنعه؛ لأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في حق الجاني والراهن والمفلس، فلم يمنع نقله، فإن تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره صَحّ تصرفهم، ولزمهم أداء الدين، فإن تعذر وفاؤه فُسِخَ تصرفهم، كما لو باع السيد عبده الجاني.

الرواية الثانية: يمنع نقل التركة إليهم؛ لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[2] فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية، فلا يثبت لهم الملك قبلهما، فعلى هذا لو تصرف الورثة لم يصح تصرفهم؛ لأنهم تصرفوا في غير ملكهم، إلا أن يأذن الغرماء لهم، وإن تصرف الغرماء لم يصح إلا بإذن الورثة، اهـ.

وفي «الدر المختار»[3]: ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضي، لا للورثة لعدم ملكهم، قال ابن عابدين: هذ إذا لم تتفق الورثة على أداء الدين كله من مالهم، ولو اختلفوا فللوصي بيعها لدينه ووصاياه، ولا يلتفت إلى

(١) «المغني» (٦/ ٥٦٩).

(٢) سورة النساء: الآية ١١.

(٣) (٨/ ١١٢).

....

قولهم، وجاز لأحد الورثة استخلاص العين من التركة بأداء قيمته إلى الغرماء، لا إلى الوارث الآخر، وهذا إذا لم يكن الدين زائداً، فإن كان زائداً على التركة، فلهم استخلاصها بأداء الدين كله، لا بقدر تركته، وإن كان الدين غير مستغرق، فللحاضر من الورثة بيع حصته لحصته من الدين، إلى آخر ما بسطه.

وبسط السرخسي في فروع الشفعة من هذا الباب في باب الشفعة للمريض فقال: مريض باع داراً بألف درهم، وقيمتها ثلاثة آلاف درهم، ولا مال له غيرها، ثم مات، وابنه شفيع الدار، فلا شفعة للابن؛ لأنه لو باعها من أبيه بهذا الثمن لم يجز، والشفيع يتقدم على المشتري شرعاً في ثبوت الملك له بالسبب الذي يملك به المشتري.

وقد تعذر ذلك في هذا الموضع يوضحه إما أن يأخذها بألفين، كما أخذها المشتري، فيكون ذلك وصيةً من المريض لوارثه خصوصاً إذا أخذها من يد البائع، ولا وصية لوارث، أو يأخذها بثلاثة آلاف، وذلك لا يستقيم لما فيه من إثبات ثمن في حق الشفيع، ليس ذلك بثابت في حق المشتري، فإذا تعذر الوجهان قلنا: لا شفعة له أصلاً، إلى آخر ما بسطه.

ثم قال الباجي[1]: هذا الباب مبنيٌّ على أن حق الشفعة موروثٌ، وبه قال الشافعي، ومنع منه أبو حنيفة، والدليل على ذلك قول النبي ﷺ: «إنما الشفعة فيما لم يقسم»، وهذا عامٌّ، ومن جهة المعنى أن ذلك خيار ثابت لدفع الضرر عن المال، فوجب أن ينتقل إلى الورثة، كخيار الرد بالعيب، اهـ.

وقال الموفق[2]: إن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها لم يخل من حالين: **أحدهما**: أن يموت قبل الطلب بها فتسقط، وروي سقوطه بالموت عن الحسن

(١) «المنتقى» (٦/ ٢٢١).

(٢) «المغني» (٧/ ٥١٠).

فَإِنْ خَشِيَ أَهْلُ الْمَيِّتِ أَنْ يَنْكَسِرَ مَالُ الْمَيِّتِ، قَسَمُوهُ ثُمَّ باعُوهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِمْ فِيهِ شُفْعَةٌ.

وابن سيرين والشعبي والنخعي. وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي. وقال مالك والشافعي والعَنْبَرِيُّ: يورث، قال أبو الخطَّاب: ويَتَخَرَّجُ لنا مثلُ ذلك؛ لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال، فيورث كخيار الرد بالعيب.

ولنا، أنه حقٌّ فسخٍ ثَبَتَ لا لفوات جزء، فلم يورث كالرجوع في الهبة، ولأنه نوع خيار جعل للتمليك أشبه خيار القبول، وأما خيار الرد بالعيب، فإنه لاستدراك جزء فات من المبيع.

الحال الثاني: إذا طالب بالشفعة ثم مات، فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً؛ لأن الحق يتقرر بالطلب، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده وقبله يسقط، وقال القاضي: يصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة، ولا يصح هذا، فإنه لو صار ملكاً للشفيع، لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها، وقال أيضاً: لو اشترى رجل شقصاً، ثم ارتد فقتل أو مات، فللشفيع أخذه بالشفعة؛ لأنها وجبت بالشراء، وانتقاله إلى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة، كما لو مات على الإسلام فورثه ورثته، اهـ.

وفي «الدر المختار»[1]: يبطلها موتُ الشفيع قبل الأخذ بعد الطلب أو قبله ولا تورث خلافاً للشافعي، ولو مات بعد القضاء لم تبطل، ولا يبطلها موت المشتري لبقاء المستحق، اهـ. زاد ابن عابدين بعد قوله: موت المشتري لفظ وكذا البائع، اهـ. يعني لا يبطلها موت البائع أيضاً.

(فإن خشي أهل الميت) أي الورثة **(أن ينكسر مال الميت)** أي يبخس وينقص ثمنه إن باعوه مشاعاً وبدون القسمة **(قسموه ثم باعوه)** بعد التقسيم **(فليس عليهم)** أي على الورثة **(فيه شفعة)**.

---

(١) (٦/ ٥٤٥).

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا شُفْعَةَ عِنْدَنَا فِي عَبْدٍ وَلَا وَلِيدَةٍ. وَلَا بَعِيرٍ وَلَا بَقَرَةٍ وَلَا شَاةٍ. وَلَا فِي شَيْءٍ مِنَ الْحَيَوانِ. وَلَا فِي ثَوْبٍ وَلَا فِي بِئْرٍ ليس لَهَا بَيَاضٌ. ....

قال الباجي[1]: يريد بيع الجزء من المشاع قد ينقص من ثمنه عن ثمنة لو ميز بالقسمة لضرر الشركة، ولما يخاف من الشفعة، فقد يمتنع الراغب في الملك من شرائه إذا عرف أن له شفيعاً يأخذ الشفعة؛ لأنه ليس في التعرض لشرائه إلا ثبوت العهدة عليه للشفيع، اهـ.

قال صاحب «المحلى»: ليس عليهم فيه شفعةٌ؛ لأنه لا شفعة بعد القسمة عنده بالجوار، اهـ. يعني إذا اقتسموه لم يبق بينهم شركة، والشفعة عند الإمام مالك ومن وافقه بالشركة فقط، لا بالجوار، وهؤلاء بعد القسمة لم يبقوا خلطاء، بل صاروا مجاورين، فلا شفعة عليهم إذا باع كل واحد منهم حصته بعد القسمة.

(قال مالك: ولا شفعة عندنا في عبد ولا وليدة) أي أمة **(ولا بعير ولا بقرة ولا شاة ولا في شيء آخر من الحيوان)** كفرس وبغل وغيرهما **(ولا في ثوب)** لأن هذه الأشياء كلها من المنقولات، ولا شفعة فيها، بل من شرائط الشفعة كون المبيع عقاراً، كما تقدم في أول الباب السابق من شرائط الشفعة.

قال الدردير[2]: لا شفعة في حيوان إلا حيواناً في كحائط أي بستان، فإذا كان الحائط مشتركاً وفيه حيوان آدمي أو غيره مشترك بين الشركاء، فباع أحدهم نصيبه من الحائط فلبقية الشركاء أخذ الحيوان بالشفعة تبعاً للحائط، فإن بيع منفرداً عن الحائط فلا شفعة، اهـ.

(ولا) شفعة **(في بئر ليس لها بياض)** أي أرض وذلك لما أن من شرائط

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢٢١).

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ٤٨٢).

إِنَّمَا الشُّفْعَةُ فِيمَا يَصْلُحُ أَنَّهُ يَنْقَسِمُ وَتَقَعُ فِيهِ الْحُدُودُ مِنَ الْأَرْضِ. فَأَمَّا مَا لَا يَصْلُحُ فِيهِ الْقَسْمُ فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنِ اشْتَرَى أَرْضاً فِيهَا شُفْعَةٌ لِنَاسٍ حُضُورٍ،

الشفعة أيضاً عند مالك أن يكون مما ينقسم، كما تقدم أيضاً في بيان الشروط. وتقدم البسط في مسألة البئر خاصة قريباً في أثر عثمان، أما إذا كان مع البئر أرض، فيدخل في شرائط الشفعة، لأنه يمكن قسمته إذاً.

(إنما الشفعة فيما ينقسم)، وفي النسخ المصرية «فيما يصلح أن ينقسم»، يعني يقبل القسمة بحيث يمكن الانتفاع به بعد القسمة، والبئر ليس كذلك فلا شفعة فيه **(ويقع فيه الحدود من الأرض)** والأشياء التي ذكرت ليست من الأرض فلا شفعة فيها.

(فأما ما لا يصلح فيه القسم) وإن كان من الأرض كالبئر **(فلا شفعة فيه)** وتقدم بيان ذلك مفصلاً فيما سبق، قال صاحب «المحلى»: وبه قال الثلاثة الباقية والجمهور إنه لا شفعة في المنقول؛ لما رواه البزار عن جابر مرفوعاً «لا شفعة إلا في ربع أو حائط» الحديث[1]، رواته ثقات، قال عياض: وشذَّ قومٌ، فأثبتوا الشفعة في العروض، وعن عطاء يثبت في كل شيء حتى في الثوب، وبه أخذ ابن أبي ليلى، وروى البيهقي[2] عن ابن عباس مرفوعاً «الشريك شفيع والشفعة في كل شيء» رجاله ثقات إلا أنه أعلّ بالإرسال، وقد أخرج الطحاوي له شاهداً عن جابر بإسناد لا بأس به، اهـ. قلت: وقد تقدم المزيد في ذلك في أول الباب السابق.

(قال مالك: من اشترى أرضاً) أو غيره مما تكون فيه الشفعة **(فيها شفعة لناس حضور)** بضم الحاء، ففي «الصراح»: قوم حضور بالضم أي حاضرون

---

(١) انظر: «نصب الراية» (٤/١٧٨).

(٢) «السنن الكبرى» (٦/١٠٩).

فَلْيَرْفَعْهُمْ إِلَى السُّلْطَانِ. فَإِمَّا أَنْ يَسْتَحِقُّوا وَإِمَّا أَنْ يُسَلِّمَ لَهُ السُّلْطَانُ.

وهو مصدر في الأصل، وقيد بالحاضرين؛ لأن الغائبين لهم الشفعة حتى يقدموا أو يعلموا، كما تقدم مفصلاً قريباً في شفعة الغائب **(فليرفعهم إلى السلطان)** ليطمئن المشتري عن الشفعة بأخذها أو تركها ولا يكون متردداً في ذلك وممتنعاً عن التصرف فيه، لاحتمال الشفعة لا سيما عند المالكية، فإن الشفعة عندهم على التراخي، كما تقدم في محله.

قال الدردير[١]: وملك الشفيع الشقص بأحد أمور ثلاثة، بحكم من حاكم له به، أو دفع ثمن من الشفيع للمشتري، أو إشهاد من الشفيع بالأخذ، واستعجل المشتري الشفيع بالأخذ أو الترك إن قصد الشفيع التروي، ولا يمهل لذلك، قال الدسوقي: قوله: أو إشهاد بالأخذ، وأما الإشهاد بأنه باقٍ على شفعته، فلا يملكه بذلك، وقوله: فلا يمهل، بل إن لم يأخذ بالشفعة حالّاً أو يسقطها حالّاً حكم الحاكم بإسقاطها.

والحاصل أن المشتري إذا رفع الأمر إلى الحاكم وأحضر الشفيع، وقال له: إما أن تأخذ هذا الشقص أو تسقط شفعتك، فقال: أمهلوني حتى أتروّى في الأخذ وعدمه، فإنه لا يمهل، ويستعجل بالأخذ حالّاً أو الإسقاط حالّاً، فإن لم يأخذ حالّاً أو يترك حالّاً حكم الحاكم بإسقاط شفعته، اهـ.

ويحتاج إلى ذلك عند مالك؛ لقوله بأن الشفعة على التراخي، وأما من قال بأنها على الفور لا يحتاج إلى ذلك؛ لأن الشفيع إذا لم يطالبه على الفور سقطت شفعته، فلم يبق الشفيع على حظ من الشفعة.

(فإما أن يستحقوا) وفي نسخة «فإما أن يأخذوا» أي يأخذوا باستحقاقهم الشفعة عند الحاكم **(وإما أن يُسَلِّمَ)** من التسليم **(له)** أي للمشتري **(السلطان)** فاعل يسلم يعني يحكم بإسقاط شفعته، كما تقدم عن الدردير.

---

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ٤٨٧).

فَإِنْ تَرَكَهُمْ فَلَمْ يَرْفَعْ أَمْرَهُمْ إِلَى السُّلْطَانِ. وَقَدْ عَلِمُوا بِاشْتِرَائِهِ. فَتَرَكُوا ذٰلِكَ حتَّى طَالَ زَمَانُهُ. ثُمَّ جَاؤُوا يَطْلُبُونَ شُفْعَتَهُمْ. فَلَا أَرَى ذٰلِكَ لَهُمْ.

(**فإن تركهم**) المشتري (**فلم يرفع أمرهم إلى السلطان**) ولم يستعجل في ذلك (**وقد علموا باشترائه**) لأن مدار الشفعة على علم الشفعاء بالبيع (**فتركوا ذلك**) بعد علمهم (**حتى طال زمانه**) وخرج الزمان الذي كان فيه للشفيع الحاضر حق الشفعة، وقد تقدم البسط فيه (**ثم جاءوا**) بعد خروج وقته (**يطلبون شفعتهم فلا أرى ذلك لهم**) لأنه خرج وقته، وهو السنة على القول المشهور المعتمد عند المالكية، كما تقدم.

قال الباجي[1]: ومعنى ذلك أن من اشترى أرضاً لها شفيع حاضر، فإنه إن أراد قطع خيار الشفيع رفعه إلى السلطان، فوقفه، فإما أن يستحق، ومعناه يأخذ بشفعته، وإما أن يسلم له السلطان، معناه يحكم عليه بإبطال شفعته، إن لم يأخذ بالشفعة، أو أراد من تأخير الثمن ما ليس له، وإنما يرفعه إلى الحاكم ليأخذ أو يترك؛ لأن المشتري يحتاج إلى التصرف فيما اشتراه بالبناء والإصلاح، فمتى طال بقاء الشفيع أضرَّ ذلك به، ولا ينقطع خيار المشتري معجلاً، إلا بما ذكر مِنْ رفعه إلى السلطان، ويعجل الحكم له أو عليه، وإذا وقف الشفيع فترك الشفعة بطلت شفعته، ولم يكن له القيام بها بعد هذا، وإن أخذ بالشفعة وطلب أن يؤجل بالثمن، ضرب له الإمام في ذلك أجلاً يومين أو ثلاثة، وإن لم يضرب له أجلاً فلا بأس به، وعن ابن الماجشون: يؤخر عشرة أيام ونحوها، وعن أصبغ: يؤخر بقدر قلة المال وكثرته، وبقدر عسره ويسره، وأقصى ذلك شهر، وهذا كله إذا أوقفه الحاكم، أما لو أوقفه غير الحاكم، فهو على شفعته، حتى يوقفه السلطان أو يترك هو، انتهى مختصراً.

(**كمل كتاب الشفعة**) هكذا في النسخ الهندية وليس هذا في المصرية ولله الحمد والمنّة.

---

(١) «المنتقى» (٦/ ٢٢٢).

....

وقد فرغ من تسويده في العشرين من شعبان سنة خمس وستين، وارتحل بعد ذلك هذا الحقير إلى نظام الدين[١]، للاعتكاف فيها على العادة المعروفة من عدة سنين، واشتغل بعد الرجوع عنها في شوال في مسألة حادثة مهمة متعلقة بأراضي الهند، هل يجوز للحكومة التغلب عليها واستلابها عن مُلّاكها أم لا؟ فوقع لذلك التعطل في هذا الشرح بعدة شهور، وهكذا تكون الفترات فيه مرة بعد أخرى للعوارض التي تحدث بأنواع مختلفة في كل سنة، فإلى الله المشتكى.

(١) نظام الدين، هي قرية في غيات بور، صارت الآن حياً من أحياء دهلى، وهي مركز جماعة التبليغ والإصلاح.

بسم الله الرحمٰن الرحيم

٣٨ ـ كتاب الأقضية

(٣٨) كتاب الأقضية

هكذا في جميع النسخ الهندية والمصرية غير نسخة «المنتقى» بكتاب الأقضية بعد الشفعة، وفي «المنتقى» بعدها كتاب الفرائض، والأقضية قبل الشفعة بعد كتاب القراض. والأقضية: جمع قضاء، ففي «الدر المختار»[(١)]: القضاء بالمد والقصر، لغةً: الحكم، قال ابن عابدين: أصله قضاي؛ لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت، والجمع الأقضية، ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعۡبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ﴾[(٢)] أي حكم، وقد يكون بمعنى الفراغ، تقول: قضيت حاجتي، وضربه فقضى عليه، أي قتله، وقضى نحبه، مات، وبمعنى الإنهاء والأداء قال تعالى: ﴿وَقَضَيۡنَآ إِلَيۡهِ ذَٰلِكَ ٱلۡأَمۡرَ﴾[(٣)] وبمعنى الصنع والتقدير، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَضَىٰهُنَّ سَبۡعَ سَمَٰوَاتٍ﴾[(٤)] ومنه القضاء والقدر. «بحر» ملخصاً عن «الصحاح».

قال الدردير[(٥)]: هو لغةً يطلق على معانٍ: منها الفراغ. ومنها الأداء، كما في «قضى زيد دينه»، ومنها الحكم، وهو المراد ههنا، والقاضي الحاكم أي من له الحكم، وإن لم يحكم بالفعل، اهـ.

وأما شرعاً: ففي «الدر المختار»: هو فصل الخصومات، وقطع المنازعات، وقيل غير ذلك، كما بسط في المطولات.

---

(١) (٨/ ٢٤).

(٢) سورة الإسراء: الآية ٢٣.

(٣) سورة الحجر: الآية ٦٦.

(٤) سورة فصلت: الآية ١٢.

(٥) «الشرح الكبير» (٤/ ١٢٩).

(١) باب الترغيب في القضاء بالحق

وقال ابن رشد[(١)]: أصول هذا الكتاب تنحصر في ستة أبواب: أحدها: معرفة من يجوز قضاؤه، والثاني: في معرفة ما يقضي به، والثالث: في معرفة ما يقضي فيه، والرابع: في معرفة من يقضى عليه أو له، والخامس: في كيفية القضاء، والسادس: في وقت القضاء، اهـ.

بسم الله الرحمن الرحيم

هكذا في جميع النسخ غير «المنتقى» بتقديم الكتاب على التسمية، وفي نسخة «المنتقى» بعكس ذلك.

(١) الترغيب في القضاء بالحق

قال الموفق[(٢)]: الأصل في القضاء ومشروعيته الكتاب والسنّة والإجماع. أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾[(٣)] وقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾[(٤)] وأما السنة فقوله ﷺ: «إذ اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر»، متفق عليه[(٥)]، في آي، وأخبار سوى ذلك كثيرة، وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء والحكم بين الناس.

وهو من فروض الكفايات؛ لأن أمر الناس لا يستقيم بدونه، فكان واجباً عليهم، وفيه فضل عظيم لمن قوي على القيام به، وأداء الحق فيه، ولذلك

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٤٥٩).

(٢) «المغني» (١٤/ ٥).

(٣) سورة صٓ: الآية ٢٦.

(٤) سورة المائدة: الآية ٤٩.

(٥) أخرجه البخاري (٩/ ١٣٣)، ومسلم (٣/ ١٣٤٢).

....

جعل الله فيه أجراً مع الخطأ، ولأن فيه أمراً بالمعروف، ونصرة المظلوم، وأداء الحق إلى مستحقه، ورداً للظالم عن ظلمه، وإصلاحاً بين الناس، وتخليصاً لبعضهم من بعض، وذلك من أبواب القرب، ولذلك تولاه النبي ﷺ والأنبياء قبله، فكانوا يحكمون لأممهم، وبعث علياً ـ رضي الله عنه ـ إلى اليمن قاضياً، وبعث أيضاً معاذاً قاضياً.

وقد روي عن ابن مسعود: أن أجلس قاضياً بين اثنين أحبُّ إليّ من عبادة سبعين سنة[١]، وعن عقبة بن عامر قال: جاء خصمان يختصمان إلى رسول الله ﷺ فقال لي: اقض بينهما، قلت: أنت أولى بذلك، قال: وإن كان، قلتُ: علامَ أقضي؟ قال: اقضِ، فإن أصبت، فلك عشرةُ أجورٍ، وإن أخطأت فلك أجر واحد، رواه سعيد في «سننه»[٢].

وفيه خطر عظيم ووزر كبير إن لم يؤد الحق، ولذلك كان السلف ـ رحمهم الله ـ يمتنعون منه أشدّ الامتناع، ويخشون على أنفسهم خطره، ويقال: أعلم الناس بالقضاء أشدُّهم له كراهة، ولعِظَم خطره، قال ﷺ: «من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين»، قال الترمذي[٣]: حديث حسن، وقيل في هذا الحديث: إنه لم يخرج مخرج الذم للقضاء، وإنما وصفه بالمشقة فَكَأنّ من وليه قد حُمِلَ على مشقة، كمشقة الذبح.

والناس في القضاء على ثلاثة أضرب؛ **منهم**، من لا يجوز له الدخول فيه، ـ وهو من لا يحسنه، ولم تجتمع فيه شروطه، فقد روي عن النبي ﷺ «القضاة ثلاثة»، ذكر منهم رجلاً قضى بالناس بالجهل، فهو في النار، ولأن من

---

(١) «السنن الكبرى» للبيهقي (١٠/ ٨٦).

(٢) عزاه صاحب «كنز العمال» إلى ابن عساكر: «كنز العمال» (٥/ ٨٠٢).

(٣) أخرجه الترمذي (١٣٢٥).

....

لا يحسنه لا يقدر على العدل فيه، فيأخذ الحق من مستحقه فيدفعه إلى غيره، **ومنهم**، من يجوز له، ولا يجب عليه، وهو من كان من أهل العدالة والاجتهاد ويوجد غيره مثله.

وظاهر كلام أحمد أنه لا يستحب له الدخول فيه لما فيه من الخطر والغرر وفي تركه من السلامة، ولما ورد فيه من التشديد، ولأن طريقة السلف الامتناع عنه والتوقي، وقد أراد عثمان ـ رضي الله عنه ـ تولية ابن عمر القضاء فأباه.

وقد قال ابنُ حامد: إن كان رجلاً خاملاً، لا يُرْجَعُ إليه في الأحكام، فالأولى له تَوَلِّيه ليُرْجَعَ إليه في الأحكام، وينتفع به المسلمون، وإن كان مشهوراً في الناس بالعلم يرجع إليه في تعليم العلم والفتوى، فالأولى الاشتغال بذلك؛ لما فيه من النفع مع الأمن من الغرر، ونحو هذا قال أصحابُ الشافعي، وعلى كل حال فإنه يكره للإنسان طلبه والسعي في تحصيله، لما روي عنه ﷺ «من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء، وُكِلَ إلى نفسه، ومن أُكْرِه عليه أنزل الله عليه مَلَكاً يسَدِّده»، قال الترمذي: حسن غريب، وقال النبي ﷺ لعبد الرحمن بن سمرة: «لا تسأل الإمارة، فإنك إن أعطيتها عن مسألة وُكِلْتَ إليها، وإن أُعْطِيتَها عن غير مسألة أُعِنْتَ عليها»، متفق عليه[١].

والضرب الثالث: من يجب عليه وهو من يصلح للقضاء ولا يوجد سواه، فهذا يتعين عليه؛ لأنه فرضُ كفاية، لا يقدر على القيام به غيره، فيتعين عليه كغسل الميت وتكفينه، اهـ مختصراً.

وفي «الدر المختار»[٢]: أخذ القضاء برشوة أو ارتشى وحكم لا ينفذ

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ١٥٩)، ومسلم (٣/ ١٤٥٦).

(٢) (٨/ ٤٢).

....

حكمه، ولو كان عدلاً، ففسق بأخذها استحق العزل، وينبغي أن يكون موثوقاً به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة، والآثار، ووجوه الفقه. والاجتهاد شرط الأولوية ولا يطلب القضاء بقلبه ولا بلسانه.

وفي «الخلاصة»: طالب القضاء لا يُوَلَّى إلا إذا تعين عليه القضاء، واستحب الشافعية والمالكية طلب القضاء لخامل الذكر لنشر العلم، وكره تحريماً أخذ القضاء لمن خاف الظلم أو العجز، وإن تعين له أي مع خوف الحيف أو أمنه لا يكره، ثم إن انحصر فرض عيناً وإلا كفاية، والتقلد رخصة أي الدخول فيه عند الأمن وعدم التعين، والترك عزيمة عند العامة، فالأولى عدمه، ويحرم على غير الأهل الدخول فيه قطعاً من غير تردد في الحرمة، اهـ. بزيادة من ابن عابدين.

وقال: قوله: الترك عزيمة هو الصحيح، كما في «النهر» عن «النهاية». وبه جزم في «الفتح» معللاً بأن الغالب خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه، وقيل: إن الدخول فيه عزيمة، والامتناع رخصة، وفي «الكفاية»: إن قيل: إذا كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوباً، لما أن أدنى درجات فرض الكفاية الندب، كما في صلاة الجنازة ونحوها. قلنا: نعم كذلك، إلا أن فيه خطراً عظيماً، وأمراً مخوفاً، لا يسلم في بحره كل سابح، ولا ينجو منه كل طامح، إلا من عصمه الله، وهو عزيز وجوده.

ألا ترى أن أبا حنيفة دُعِيَ إلى القضاء ثلاثَ مرات، فأبى حتى ضُرِب في كل مرة ثلاثين سوطاً، فلما كان في المرة الثالثة قال: حتى أستشير أصحابي، فاستشار أبا يوسف، فقال: لو تقلدتَ لنفعت الناس، فنظر إليه أبو حنيفة نظر المغضب، وقال: أرأيت لو أُمِرْتُ أن أعبر البحرَ سباحةً أكنتُ أقدر عليه؟ وكأني بك قاضياً، وكذا دعي محمد إلى القضاء، فأبى حتى قيد وحبس واضطر فتقلد، اهـ.

١٤٢٦/١ ـ **حدّثنا** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أَبِي سَلَمَةَ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ، زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَر. ....

١٤٢٦/١ ـ **(مالك عن هشام بن عروة عن أبيه)** عروة بن الزبير **(عن زينب بنت أبي سلمة)** ربيبة النبي ﷺ **(عن)** أمها **(أم سلمة زوج النبي ﷺ)** قال أبو عمر[١]: هذا حديث لم يختلف في إسناده **(أن رسول الله ﷺ قال)** وعند البخاري برواية ابن شهاب عن عروة أن رسول الله ﷺ سمع خصومةً بباب حجرته فخرج إليهم، فقال: «إنما أنا بشر»، الحديث، قال الحافظ[٢]: قوله: سمع خصومة، وفي رواية: سمع جلبة خصام، والجلبة ـ بفتح الجيم واللام ـ اختلاط الأصوات، أما الخصوم فلم أقف على تعيينهم، ووقع التصريح بأنهما كانا اثنين في رواية ابن رافع عن أم سلمة عند أبي داود ولفظه «أتى رسول الله ﷺ رجلان يختصمان».

وأما الخصومة، فَبيَّنَ في رواية ابن رافع أنها كانت في مواريث لهما. وفي رواية عنده في مواريث وأشياء قد درست.

وفي «المحلى»: ولأبي داود[٣] من وجه آخر «أتى النبي ﷺ رجلان يختصمان في مواريث لهما، لم تكن لهما بينة إلا دعواهما»، ولعبد الرزاق «أنها كانت في أرض هلكت، وذهب من يعلمها»، اهـ. قال الحافظ: والحجرة المذكورة هي منزل أم سلمة، وفي رواية معمر عند مسلم بباب أم سلمة.

(إنما أنا بشر) بفتحتين الإنسان سمي به لظهور بشرته دون ما عداه من الحيوان، كذا في «المحلى»، وقال الحافظ: البشر الخلق يطلق على الواحد

---

(١) انظر: «الاستذكار» (٨/٢١).

(٢) «فتح الباري» (١٣/ ١٧٤).

(٣) «سنن أبي داود» (٣٥٨٤).

وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ ....

والجماعة بمعنى أنه منهم، والمراد أنه مشارك للبشر في أصل الخلقة، ولو زاد عليهم بالمزايا التي اختص بها في ذاته وصفاته، والحصر هاهنا مجازي؛ لأنه يختص بالعلم الباطن، ويسمى قصر قلب؛ لأنه أتى به رداً على من زعم أن من كان رسولاً فإنه يعلم كل غيب، حتى لا يخفى عليه المظلوم، اهـ.

قال الباجي[1]: هذا على معنى الإقرار على نفسه بصفة البشر من أنه لا يعلم الغيب ولا يعلم المحق من الخصمين من المبطل، والإخبار بأن حاله في ذلك حال غيره؛ لأنه لا يعلم من الغيب إلا ما اطلع عليه بالوحي، ولذا قال في قصة المتلاعنين: والله أعلم أن أحدكما كاذب، اهـ.

(وإنكم تختصمون إليّ) فيما بينكم؛ لأنه الإمام، فلا يصلح أن يحكم إلا هو أو من قدمه هو لذلك، قال الباجي: يريد تتنازعون في الأموال وغيرها، تنازعاً يدعي كل واحد من الخصمين أنه أحق بها من صاحبه، فيخاصمه في ذلك إلى النبي ﷺ.

(ولعل بعضكم). قال الحافظ: ولعل ها هنا بمعنى عسى **(أن يكون ألحن بحجته)** وفي النسخ الهندية ألحن أفصح بحجته، وفي المظالم عند البخاري أبلغ وهو بمعناه؛ لأنه من لحن بمعنى فطن وزنه ومعناه، والمراد أنه إذا كان أفطن كان قادراً على أن يكون أبلغ في حجته من الآخر.

قال الزرقاني[2]: هو من اللحن بفتح الحاء الفطنة أي أبلغ وأفصح وأعلم في تقرير مقصوده، وأعلم ببيان دليله، وأقدر على البرهنة على دفع دعوى خصمه، بحيث يظن أن الحق معه، وهو كاذب، هذا ما عليه أكثر الشراح، وجَوَّزَ بعضُهُم أنه من اللحن بسكون الحاء، وهو الصرف عن الصواب أي يكون أعجز عن الإعراب بالحجة، وتعسفه لا يخفى، اهـ.

(١) «المنتقى» (٥/ ١٨٢).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٨٤).

مِنْ بَعْضٍ. فَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ. ....

قال الباجي(١): يريد ـ والله أعلم ـ أن يكون أحدهما أعلم بمواقع الحجج، وأهدى إلى إيراد ما يحتاج من ذلك، وأشدّ تبييناً لما يحتج به، قال أبو عبيدة: اللحن بفتح الحاء الفطنة، واللحن بإسكان الحاء الخطأ في القول، اهـ. وجملة «أن يكون» خبرُ لعل، من قبيل رجل عدل أي كائن، أو أن زائدة أو المضاف محذوف، أي لعل وصف بعضكم أن يكون ألحن **(من بعض)** فيغلب خصمه، وهو كاذب، وفي رواية للبخاري «فأحسب أنه صدق» **(فأقضي)** أي فأحكم **(له)** أي للذي غلب، زاد في نسخة الزرقاني فقط ههنا لفظ «وإنما أقضي» وليس هذا في غيرها من النسخ المصرية أو الهندية. **(على نحو ما أسمع)** ببناء المتكلم **(منه)** لبناء أحكام الشريعة على الشريعة.

قال الباجي(٢): تعلق به بعض أصحابنا في أن القاضي لا يقضي بعلمه، وهذا التعلق ليس بالبيِّنِ؛ لأنه لا يقضي القاضي بما سمع منه مع علمه، بخلافه على قول من يثبت حكمه بعلمه، ولا على قول من ينفيه، فأما من يقول: إنه يقضي بعلمه، فإنه ينفذ ما علمه، ولا ينظر إلى حجة الخصم، وأما من يمنع الحكم بعلمه، فإذا اقتضت حجته خلاف ما علمه من الأمر امتنع من الحكم من ذلك وشهد عنده غيره بما في علمه، وإذا ثبت ذلك فالمشهور من مذهب مالك أن الحاكم لا يحكم في شيء أصلاً بعلمه، علمه قبل ولايته أو بعدها في حقوق الآدميين أو غيرها، قاله مالك وابن القاسم وأشهب.

وجَوَّز ابن الماجشون وأصبغ وسحنون أن يحكم الحاكم بعلمه، وبه قال أبو حنيفة والشافعي على اختلافهم في تفصيل ذلك، والدليل على ما نقول قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾(٣) الآية. فيقتضي العموم أن

(١) «المنتقى» (٥/ ١٨٥).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٨٥).

(٣) سورة النور: الآية ٤.

....

يجلد، وإن علم الحاكم بصدقه، وما روي أن النبي ﷺ قال في ملاعنة: «لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت هذه»، وأيضاً فإن النبي ﷺ لم يقتل المنافقين، وإن كان علم كفرهم لما انفرد بذلك.

ومن جهة المعنى أن الحاكم لما كان غير معصوم مُنِعَ من الحكم بعلمه، فإذا قلنا بقول ابن الماجشون ومن تابعه من أصحابنا، فإنه يحكم بعلمه فيما جرى بين المتخاصمين في مجلس نظره، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يحكم بعلمه في حقوق الآدميين مما قد علمه بعد القضاء خاصة، وللشافعي في تجويزه ذلك على الإطلاق، اهـ.

وقال الزرقاني[١]: تمسك به أحمد ومالك في المشهور عنه أن الحاكم لا يقضي بعلمه لإخباره ﷺ أنه لا يحكم إلا بما سمع، ولم يقل على نحو ما علمت، وقد روت عائشة أنه ﷺ بعث أبا جهم على صدقة فلاحاه[٢] رجل في فريضة، فوقع بينهم شِجاج، فأتوه ﷺ فأعطاهم الأرش، وقال: إني مخاطب الناس، ومخبرهم أنكم رضيتم، أرضيتم؟، قالوا: نعم، فصعد المنبر، وذكر القصة، وقال: أرضيتم؟ قالوا: لا، فَهَمَّ بهم المهاجرون، فنزل ﷺ فأعطاهم[٣]، الحديث.

فهذا بَيَّنَ أنه لم يأخذهم بما علم من رضاهم الأول، وقال الشافعي وجماعة: يقضي بعلمه مطلقاً؛ لأنه قاطع بصحة ما يقضي به إذا حقق علمه، وليست الشهادة عنده كذلك إذ لعلها كاذبة أو واهمة. وقال أبو حنيفة: في

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٨٤).

(٢) هكذا في الزرقاني (٣/ ٣٨٤)، وفي «بذل المجهود» (١٨/ ٥٥) فلاجّه أي خاصمه.
وقال السيوطي: فلاجّه، بتشديد الجيم أي نازعه وخاصمه، أو بتشديد الحاء المهملة قريب منه. «الزهر الربي على سنن النسائي» (٨/ ٣٥).

(٣) أخرجه أحمد (٦/ ٢٣٢)، وأبو داود (٤٥٣٤)، والنسائي (٨/ ٣٥)، وابن ماجه (٢٦٣٨).

....

المال فقط دون الحدود وغيرها، وأجمعوا على أنه يجرح ويعدل بعلمه، ا هـ.

وقال الموفق[١]: ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا في غيره لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها، هذا قول شريح والشعبي ومالك وإسحق وأبي عبيد ومحمد بن الحسن، وهو أحد قولي الشافعي، وعن أحمد رواية أخرى يجوز ذلك، وهو قول أبي ثور وأبي يوسف، والقول الثاني للشافعي واختيار المزني؛ لأنه ﷺ لما قالت له هند: إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي، قال: خذي بالمعروف، فحكم لها من غير بينة ولا إقرار لعلمه بصدقها.

وروى ابن عبد البر أن عروة ومجاهداً رويا أن رجلاً من بني مخزوم استعدى عمر ـ رضي الله عنه ـ على أبي سفيان بن حرب أنه ظلمه حداً في موضع كذا وكذا، قال عمر ـ رضي الله عنه ـ إني لأعلم الناس بذلك، فذكر القصة، وقالوا: فحكم بعلمه، ولأن الحاكم يحكم بالشاهدين، لأنهما يغلبان على الظن، فما تحَقَّقَه وعلم به، كان أولى، ولأنه يحكم بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم، فكذلك في ثبوت الحق قياساً عليه.

وقال أبو حنيفة: ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه بعلمه؛ لأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة والمسامحة، وأما حقوق الآدميين فما علمه قبل ولايته لم يحكم به، وما علم في ولايته حكم به؛ لأن ما علمه قبل ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته، وما علمه في ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته.

ولنا، حديث الباب دل على أنه إنما يقضي بما سمع لا بما علم، وقال النبي ﷺ في قصة الحضرميِّ والكِنْديِّ: «شاهداك أو يمينه ليس لك منه إلا

---

(١) الموفق (١٤/ ٣١).

فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ. فَلَا يَأْخُذَنَّ ....

ذاك»[(١)] وروي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه تداعى عنده رجلان، فقال له أحدهما: أنت شاهدي، فقال: إن شئتما شهدت، ولم أحكم أو أحكم ولا أشهد، وذكر ابن عبد البر عن عائشة قصة أبي جهم، وهذا يبين أنه لم يأخذهم بعلمه، وروي عن أبي بكر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: لو رأيت حدّاً على رجل لم أحدّه حتى تقوم البينة، وأما الجرح والتعديل، فإنه يحكم فيه بعلمه بغير خلاف؛ لأنه لو لم يحكم فيه بعلمه لتسلسل، فإن المزكين يحتاج إلى معرفة عدالتهما وجرحهما، اهـ.

وفي «الدر المختار»[(٢)]: الكتابة بعلمه كالقضاء بعلمه، فمن جَوَّزه جَوَّزها ومن لا فلا، إلا أن المعتمد عدم حكمه بعلمه في زماننا، قال ابن عابدين: قوله: فمن جَوَّزه، وشرط الجواز عند الإمام أن يعلم في حال قضائه في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حدٍّ خالص لله تعالى من قرض، أو تطليق، أو حد قذف، فلو علم قبل القضاء في حقوق العباد، ثم ولي فرفعت إليه تلك الحادثة، أو علمها في حال قضائه في غير مصره، ثم دخله، فرفعت لا يقضي عنده، وقالا: يقضي.

وأما في حد الشرب والزنا، فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقاً، وقوله: إلا أن المعتمد أي عند المتأخرين لفساد قضاة الزمان، وعبارة «الأشباه»: الفتوى اليوم على عدم العمل بعلم القاضي في زماننا، كما في «جامع الفصولين»، اهـ.

(فمن قضيت له بشيء من حق أخيه) بحسب الظاهر، وليس كذلك في الباطن، وفي رواية: بحق مسلم، وذكره ليكون أهول على المحكوم له، وإن كان الذمي والمعاهد كذلك **(فلا يأخذن)** بزيادة نون التأكيد في النسخ المصرية،

---

(١) أخرجه مسلم (١/ ١٢٣).

(٢) (٨/ ١٥٧).

مِنْهُ شَيْئاً. فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ».

أخرجه البخاريّ في: ٥٢ ـ كتاب الشهادات، ٢٧ ـ باب من أقام البينة بعد اليمين. ومسلم في: ٣٠ ـ كتاب الأقضية، ٣ ـ باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، حديث ٤.

لا الهندية **(منه شيئاً، فإنما أقطع له قطعة من النار)** أي مآله إلى النار، كقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً﴾[١] قال السبكي: هذه قضية شرطية لا تستدعي وجودها، بل معناها بيان أن ذلك جائز الوقوع، قال: ولم يثبت لنا قط أنه ﷺ حكم بحكم، ثم بان خلافه، وقد صان الله عزَّ اسمه أحكام نبيه عن ذلك.

قال الزرقاني[٢]: فيه دلالة قوية لمذهب الأئمة الثلاثة والجمهور أن الحكم فيما باطن الأمر فيه، بخلاف الظاهر لا يحل الحرام ولا عكسه، فإذا شهد شاهدا زور لإنسان بمال، فحكم به القاضي لظاهر العدالة، لم يحل له ذلك المال، وقال أبو حنيفة: يحل الحرام في العقود، كنكاح وطلاق وبيع وشراء، فإذا ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها وأقامت شاهدي زور حل له وطؤها، أو ادعاه الرجل، وهي تجحده، اهـ.

وفي «المحلى»: احتجَّ له بعضُهم بما جاء عن علي ـ رضي الله عنه ـ أن رجلاً خطب امرأة فأبت، فادعى أنه تزوجها، وأقام شاهدين، فقالت المرأة: إنهما شهدا بالزور، فزوجني أنت منه، فقال: شاهداك زوجاك، وأمضى عليهما النكاح، وتُعُقِّبَ بأنه لم يثبت، واحتجَّ من حيث النظر بأن الحاكم حجة شرعية فيما له ولاية الإنشاء فيه، فيجعل الإنشاء تحرزاً عن الحرام، والحديث في المال، ا هـ. يعني أن حديث الباب ليس بوارد على الحنفية، فإنه وارد في الأموال دون العقود، والحنفية قالوا بنفاذه في الإنشاءات والعقود.

(١) سورة النساء: الآية ١٠.

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٨٥).

....

وأجاب عنه الشيخ في «الكوكب الدري»[1] بأن غاية ما يثبت بالحديث بطلان نفاذه، إذا كان مداره على التقرير وبيان المدعي، وأما إذا شهدا عليه، فلا تعرض له في الحديث؛ لأنه ﷺ قال: «ألحن بحجته»، وهذا لا يصح إلا على بيانه، ا هـ. قلت: وقد تقدم قريباً من حديث أبي داود في هذه القصة «لم تكن لهما بَيِّنَةٌ إلا دعواهما».

قلت: وأثر عليّ ـ رضي الله عنه ـ ذكره محمد في «الأصل» بلاغاً، ولا شك أنهم اتفقوا بالتفريق ظاهراً وباطناً باللعان، ولا بد من كون أحد الزوجين كاذباً، وقد قالوا بنفاذ تفريق القاضي ظاهراً وباطناً في العنين والمفقود والعاجز عن النفقة، وغيرها من المسائل التي اعتبر فيها من اعتبر تفريق القاضي.

وفي «البداية»[2]: شبهة الحنفية أن الحكم ثابت بالشرع، وقد علم أن أحد المتلاعنين كاذب، واللعان يوجب الفرقة، ويحرِّم المرأة على زوجها الملاعن لها، ويحلها لغيره، فإن كان هو الكاذب فلم تحرم عليه إلا بحكم الحاكم، وكذلك إن كانت هي الكاذبة؛ لأن زناها لا يوجب فرقتها على قول أكثر الفقهاء، والجمهور أن الفرقة ههنا إنما وقعت عقوبةً للعلم بأن أحدهما كاذب، اهـ.

وزاد أبو داود في حديث الباب من طريق عبد الله بن نافع عن أم سلمة[3]، فبكى الرجلان، وقال كل منهما لصاحبه: حقي لك، فقال لهما النبي ﷺ: «أما إذا فعلتما فاقتسما، وتوخّيا الحق، ثم استهما ثم تحاللا» قوله: «توخيا الحق» أي اقصداه في القسمة، «ثم استهما»، أي اقترعا في السهم.

---

(١) (٢/ ٣٤٧).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/ ٤٦٢).

(٣) «سنن أبي داود» (٣٥٨٤).

٢/١٤٢٧ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ عَنْ يَحْيَىٰ بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ اخْتَصَمَ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ وَيَهُودِيٌّ. فَرَأَى عُمَرُ أَنَّ الْحَقَّ لِلْيَهُودِيِّ فَقَضَى لَهُ. فَقَالَ لَهُ الْيَهُودِيُّ: وَاللَّهِ لَقَدْ قَضَيْتَ بِالْحَقِّ. فَضَرَبَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ بِالدِّرَّةِ. ....

٢/١٤٢٧ ـ **(مالك عن يحيى بن سعيد)** الأنصاري **(عن سعيد بن المسيب)** التابعي ابن الصحابي **(أن عمر بن الخطاب اختصم إليه رجل مسلم ويهودي)** قال الزرقاني[١]: لم يسميا **(فرأى عمر)** ـ رضي الله عنه ـ **(أن الحق)** ثابت **(لليهودي فقضى له عمر)** ـ رضي الله عنه ـ على المسلم **(فقال له اليهودي)** إكراماً له: **(والله لقد قضيت بالحق)** أي قضيت بتأييد الله وتوفيقه، فالباء للاستعانة، والمراد بالحق هو سبحانه وتعالى، وعلى هذا يحسن استفسار عمر بقوله: «وما يدريك»، كذا في «المحلى».

وقال الباجي[٢]: يحتمل أن يريد لقد قضيت بما هو حق لي عليه، ويحتمل أن يريد لقد قصدت الحق في حكمك، ويحتمل أن يريد لقد قضيت بالحق على حكم «التوراة» **(فضربه)** أي اليهودي **(عُمَرُ)** ـ رضي الله عنه ـ **(بالدِّرة)** ـ بكسر الدال المهملة ـ آلة يضرب بها، قال صاحب «المحلى»: ضربه على سبيل الملاطفة للإصابة، ولم يضربه ضرباً مبرحاً للتأديب، وقال الباجي: ضربه اليهودي، وقوله: «وما يدريك» يحتمل أن يكون عمر ـ رضي الله عنه ـ حكم بينهما باجتهاده فيما لا نص عنده فيه، وكان يعتقد أن طريق ذلك غلبة الظن دون القطع والعلم، ولذا قال: وما يدريك، يريد ما يدريك أنه كما حلفت عليه وقطعت به، فأنكر على اليهودي الحلف على ذلك، وذلك يقتضي ضربه وعقوبته؛ لأن من حلف على القطع في أمر يظنه استحق العقوبة.

ويحتمل أن يكون ضربه لما حلف على شيء لا يعرفه، ولا يعلم هو

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٨٦).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٨٦).

ثُمَّ قَالَ: وَمَا يُدْرِيكَ؟ فَقَالَ لَهُ الْيَهُودِيُّ: إِنَّا نَجِدُ أَنَّهُ لَيْسَ قَاضٍ يَقْضِي بِالْحَقِّ، إِلَّا كَانَ عَنْ يَمِينِهِ مَلَكٌ وَعَنْ شِمَالِهِ مَلَكٌ. يُسَدِّدَانِهِ وَيُوَفِّقَانِهِ لِلْحَقِّ. مَا دَامَ مَعَ الْحَقِّ. فَإِذَا تَرَكَ الْحَقَّ. عَرَجَا وَتَرَكَاهُ.

مقتضى تلك القضية في شرع المسلمين، ويحتمل أن يكون ضربه لما فهم منه أنه أقسم على أنه قصد الحق لحكمه، فأنكر عليه أن يحلف على باطنه ومعتقده، وإن كان قد صادف الحق، ويحتمل أن يكون ضربه لما اعتقد أنه قصد بذلك التزكية له والإطراء لما حكم له، لما جبل عليه اليهود من المكر والخلابة، فأنكر عليه ذلك وأدَّبه على ما بادر إليه منه، وظن أنه يجوز عليه ليزجر الحكام من سلك معهم هذا السبيل، ا هـ.

(**ثم قال**) عمر: (**وما يدريك؟**) أي شيء يعلمك أني قضيت بمعونة الله. (**فقال له اليهودي: إنا نجد**) يعني في «التوراة» (**أنه ليس قاضٍ يقضي بالحق**)، وليس في النسخ الهندية لفظ «بالحق»، (**إلا كان عن يمينه ملك وعن شماله ملك يُسَدِّدَانِه**) بسين ودالين مهملات (**ويوفقانه للحق ما دام مع الحق، فإذا ترك**) القاضي تَوَخِّي (**الحق عرجا**) أي الملكان إلى السماء (**وتركاه**) قال الطيبي: تطبيق الجواب أن عمر ـ رضي الله عنه ـ لو مال عن الحق يقضي للمسلم على اليهودي، فلم يكن مسدداً، فلما قضى له عرف بتشديده، وثباته، وعدم ميله من غير تغير أنه موثق مسدد، كذا في «المحلى».

وقال ابن عبد البر[1]: ليس هذا عندي بجواب لقوله: «وما يُدريك» ولكن لما علم أن عمر ـ رضي الله عنه ـ كره مدحه له أخبره أنه يجد في كتبه ما ذكر، وفي رواية، فقال اليهودي: والله إن الملكين جبرائيل وميكائيل ليتكلمان بلسانك، وأنهما عن يمينك وشمالك، فضربه عمر بالدرة، وقال: لا أمَّ لك، وما يدريك؟ قال: لأنهما مع كل قاض يقضي بالحق ما دام مع الحق، فإذا ترك الحق عرجا وتركاه، فقال عمر: والله ما أراك إلا أبعدتَ، ا هـ.

---

(١) انظر: «الاستذكار» (١٩/٢٢).

(٢) باب ما جاء في الشهادات

٣/١٤٢٨ ـ **حدّثنا** يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو ....

قال الباجي[١]: فأمسك عنه عمر ـ رضي الله عنه ـ بعد ذلك إما تصديقاً له، وإما أنه قد بلغ من أدبه ما أقنعه، وما قاله اليهودي لا يبعد، وقد روى في هذا المعنى حديثاً ليس بذلك، أبو عيسى الترمذي عن ابن أبي أوفى قال: قال رسول الله ﷺ: «الله مع القاضي ما لم يجر، فإذا جار تخلى عنه ولزمه الشيطان»، ا هـ.

(٢) الشهادات

وفي أكثر النسخ المصرية: ما جاء في الشهادات، جمع شهادة مصدر شهد يشهد، قال الجوهري: الشهادة خبر قاطع، والمشاهدة المعاينة، مأخوذ من الشهود أي الحضور؛ لأن الشاهد مشاهد لما غاب عن غيره، وقيل: مأخوذ من الإعلام، كذا في «الفتح»[٢].

وفي «الدر المختار»[٣]: هي لغة: خبر قاطع، وشرعاً: إخبار صدق لإثبات حق، فإطلاقها على الزور مجاز، وهو بلفظ الشهادة في مجلس القاضي، وشرطها أحد وعشرون شرطاً، ا هـ.

وقال ابن رشد[٤]: القضاء يكون بأربع: بالشهادة، وباليمين، وبالنكول، وبالإقرار، والنظر في الشهود في ثلاثة أشياء، في الصفة، والجنس، والعدد إلى آخر ما بسطه.

٣/١٤٢٨ ـ **(مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو)** بفتح

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٨٨).

(٢) «فتح الباري» (٥/ ٢٤٧).

(٣) (٨/ ١٩٦).

(٤) «بداية المجتهد» (٢/ ٤٦٢).

ابْنِ حَزْمٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ عُثْمَانَ، عَنْ أَبِي عَمْرَةَ الْأَنْصَارِيِّ، ....

العين **(ابن حزم)** بمهلة وزاي **(عن أبيه)** أبي بكر **(عن عبد الله بن عمرو)** بفتح العين **(ابن عثمان)** بن عفان ـ رضي الله عنه ـ الملقب بالمطرف **(عن أبي عمرة الأنصاري)** هكذا في جميع النسخ الهندية والمصرية، قال ابن عبد البر(١): هكذا رواه يحيى وابن القاسم وأبو مصعب ومصعب الزبيري، وقال العيني: ومعن ويحيى بن بكير عن ابن أبي عمرة، وكذا قال ابن وهب وعبد الرزاق عن مالك وسمياه، فقالا: عن عبد الرحمن بن أبي عمرة، فرفعا الإشكال، وهو الصواب، وعبد الرحمن هذا من خيار التابعين، ا هـ.

وما صوّبه رواية الأكثر عن مالك كما في «الإصابة» وليس اسم أبي عمرة عبد الرحمن، كما زعم بعض، إنما هو اسم ابنه، وأما الأب، فقيل اسمه: بشير، وقيل: بشر، وقيل: عمرو، وقيل: ثعلبة، صحابي شهد بدراً وغيرها، كما بسطه في «الإصابة»، فعلى رواية الأكثر يكون في الإسناد أربعة تابعيون، وعلى رواية الأقل فثلاثة تابعيون وصحابي عن صحابي، وهما أبو عمرة وزيد، قاله الزرقاني(٢).

وفي «تهذيب الحافظ»(٣): أبو عمرة الأنصاري، وقيل: ابن أبي عمرة، وقيل: عبد الرحمن بن أبي عمرة، روى عن زيد بن خالد: «ألا أخبركم بخير الشهداء»، أخرج الجماعة سوى البخاري حديثه من رواية أبي بكر بن حزم عن ابن أبي عمرة، عن زيد، وسماه بعضهم في روايته عبد الرحمن، وأخرجه الترمذي من حديث مالك بالوجهين، وقال: أكثر الناس يقولون: ابن أبي عمرة،

---

(١) انظر: «الاستذكار» (٢٢/ ٢٥).
(٢) انظر: «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٨٧).
(٣) (١٢/ ١٨٦).

عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الْجُهَنِيِّ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ؟ الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا. أَوْ يُخْبِرُ بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا».

أخرجه مسلم في: ٣٠ ـ كتاب الأقضية، ٩ ـ باب خير الشهود، حديث ١٩.

واختلف على مالك فيه، فروى بعضهم عن ابن أبي عمرة، وبعضهم عن أبي عمرة، وابن أبي عمرة أصح عندنا، ا هـ.

وفي «التقريب»[1]: أبو عمرة الأنصاري عن زيد بن خالد، صوابه ابن أبي عمرة، واسمه عبد الرحمن، ا هـ. قلت: وهكذا في «موطأ محمد»[2] عن عبد الله بن عمرو بن عثمان أن عبد الرحمن بن أبي عمرة الأنصاري أخبره أن زيد بن خالد أخبره، الحديث.

(عن زيد بن خالد الجهني) بضم الجيم وفتح الهاء المدني الصحابي الشهير **(أن رسول الله ﷺ قال: ألا)** بفتح الهمزة وخفة اللام حرف تنبيه يدل على تحقيق ما بعده وتوكيده **(أخبركم بخير الشهداء؟)** جمع شهيد بمعنى شاهد **(الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها)** ببناء المجهول **(أو يخبر بشهادته قبل أن يسألها)** شك من أحد الرواة أو تنويع، أي يأتي الحاكم بشهادته قبل أن يسألها في محض حق الله تعالى المستدام تحريمه، كطلاق وعتق ووقف، أو يخبر بها رجلاً لا يعلمها، هذا يومىء إليه كلام الباجي.

وقال ابن عبد البر[3] عن ابن وهب: قال مالك: تفسير هذا الحديث أن الرجل يكون عنده شهادة في الحق لرجل لا يعلمها، فيخبره بشهادته. زاد يحيى بن سعيد إذا علم أنه ينتفع بها الذي له الشهادة، وهذا لأن الرجل ربما

---

(١) (٢/ ٤٥٦).

(٢) «موطأ محمد مع التعليق الممجد» (٣/ ٣٤٤).

(٣) انظر: «الاستذكار» (٢٢/ ٢٦)، و«شرح الزرقاني» (٣/ ٣٨٧).

....

نسي شاهده، فظل مغموماً، لا يدري من هو، فإذا أخبره بذلك فرج كربه، وفي الحديث «من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا» الحديث، قاله الزرقاني.

وفي «المحلى»: قال أبو داود[1]: قال مالك: هو الذي لا يخبر بالشهادة التي لا يعلم بها الذي هي له، فيأتي بها فيقضى له بها، وقال النووي: له تأويلان؛ أصحهما: تأويل مالك، والثاني: أنه محمول على الشهادة في غير حقوق العباد كالطلاق والعتق والوقف والوصايا العامة والحدود، فمن علم شيئاً من هذا النوع وجب عليه إعلام القاضي به؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِۚ﴾ وحكي تأويل ثالث أنه محمول على المبالغة في أداء الشهادة بعد طلبها، كما يقال: الجواد يعطي السؤال أي سريعاً عقيب السؤال من غير توقف، ا هـ.

قال الباجي[2]: قال مالك في «المجموعة» وغيره: معنى هذا الحديث أن يكون عند الشاهد شهادة لرجل لا يعلم بها، فيخبر ويؤديها له عند الحاكم، وذلك أن المشهود به على ضربين: ضرب هو حق لله، وضرب هو حق للآدميين، والأول على قسمين؛ **قسم** لا يستدام فيه التحريم، كالزنا وشرب الخمر، زاد أصبغ: والسرقة، فهذا ترك الشهادة به للستر جائز؛ لقوله عليه السلام لهزال «هلا سترته بردائك»، **والثاني**: ما يستدام فيه التحريم كالطلاق والعتق والأحباس والصدقات والمساجد والقناطر والطرق، فهذا على الشهادات يقوم الشاهد فيها، ويؤديها متى رأى ارتكاب المحظور بها.

وللشاهد في ذلك حالان؛ حال: يعلم أن غيره يقوم بهذه الشهادة، وحال: لا يعلم ذلك، فإن علم أن غيره يقوم بها، فإنه يستحب له أن يبادر بها ليحصل له أجر القيام، وليقوي أمرها لكثرة عدد من يقوم بها، ولأن في قيام

(١) «سنن أبي داود» (٣/ ٢٩٧).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٨٨).

....

العدد الكثير ردعاً لأهل الباطل، وإرهاباً عليهم، ويصح أن يتناول هذا عموم قوله ﷺ: «خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها»[١] ويكون معنى الإتيان بها أداؤها عند الحاكم، فإن بيَّن له أن غيره قد ترك القيام بها أو لم يكن من يقوم بها غيره تعين عليه القيام بها، لقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾ ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ﴾ الآية، ولأن القيام بالشهادة من فروض الكفاية، إذا ترك القيام بها جميعهم أثموا.

وأما الضرب الثاني: وهو حق الآدميين، فإنه إن كان يجوز له إسقاطه، مثل أن يرى ملك رجل يباع أو يوهب أو يحول عن حاله، فروى ابن القاسم في «العتبية» أن ذلك جرحة في الشاهد حين رأى ذلك، ولم يعلم بعلمه إلى آخر ما ذكره.

ومثل الذي حكي عن الإمام مالك اختاره محمد في «موطئه»؛ إذ قال بعد حديث الباب: وبهذا نأخذ، من كانت عنده شهادة لإنسان لا يعلم ذلك الإنسان بها فليخبره بشهادته، وإن لم يسألها إياه، ا هـ.

وفي «هامشه»[٢]: قد يقال: إنه معارض بحديث «خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم، ثم يأتي من بعدهم قوم يشهدون ولا يستشهدون» الحديث، أخرجه الشيخان، وعند الترمذي «ثم يجيء قوم يعطون الشهادة قبل أن يسألوها» وعند ابن حبان «ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل على يمين قبل أن يستحلف، ويشهد قبل أن يستشهد»، قال الباجي: قال إبراهيم النخعي: معنى الشهادة فيه اليمين يريد أنه يحلف قبل أن يستحلف، ا هـ.

---

(١) أخرجه مسلم (١٧١٩)، وأبو داود (٣٥٩٦)، والترمذي (٢٢٩٥، ٢٢٩٦، ٢٢٩٧)، وابن ماجه (٢٣٦٤)، وأحمد (٤/ ١١٥ ـ ٥/ ١٩٣).

(٢) «التعليق الممجد» (٣/ ٣٤٤).

١٤٢٩/ ٤ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمٰنِ؛ أَنَّهُ قَالَ: قَدِمَ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ. فَقَالَ: لَقَدْ جِئْتُكَ لِأَمْرٍ مَالَهُ رَأْسٌ وَلَا ذَنَبٌ. ....

قلت: وقد جمع بينهما في حديث ابن حبان كما ترى، وأخرج البخاري حديث «يشهدون ولا يستشهدون» من حديث عمران بن حصين، وترجم عليه «باب لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد» وهذا عندي توجيه منه لهذا الحديث.

وفي «المحلى» عن النووي: قال أصحابنا: هو محمول على من معه شهادة لإنسان، وهو عالم بها فيشهد به قبل أن يطلب منه، وقيل: إنه شاهد زور يشهد بما لا أصل له ولا يستشهد، وقيل: هو الذي انتصب شاهداً، وليس هو من أهل الشهادة، ا هـ.

وقال الحافظ[1]: قوله: يشهدون ولا يستشهدون، يحتمل أن يكون المراد التحمل بدون التحميل أو الأداء بدون طلب، والثاني أقرب، ويعارضه ما رواه مسلم من حديث زيد بن خالد.

واختلف العلماء في ترجيحهما فجنح ابن عبد البر إلى ترجيح حديث زيد، لكونه من رواية أهل المدينة، فقدمه على رواية أهل العراق، وبالغ، فزعم أن حديث عمران هذا لا أصل له، وجنح غيره إلى ترجيح حديث عمران لاتفاق صاحبي الصحيح عليه، وانفراد مسلم بإخراج حديث زيد، وذهب آخرون إلى الجمع بينهما، فأجابوا بأجوبة، ثم بسطها فارجع إليه.

١٤٢٩/ ٤ ـ **(مالك عن ربيعة)** الرأي **(ابن أبي عبد الرحمن)** فروخ المدني منقطع وقد رواه المسعودي عبد الرحمن بن عبد الله عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود **(أنه قال: قدم على عمر بن الخطاب)** ـ رضي الله عنه ـ **(رجل من أهل العراق)** لم يسم **(فقال: لقد جئتك لأمر، ماله)** أي ليس له **(رأس ولا ذنب)**.

---

(١) «فتح الباري» (٥/ ٢٥٩).

فَقَالَ عُمَرُ: مَا هُوَ؟ قَالَ: شَهَادَاتُ الزُّورِ. ظَهَرَتْ بِأَرْضِنَا. فَقَالَ عُمَرُ: أَوْ قَدْ كَانَ ذٰلِكَ؟ ....

قال الباجي[1]: معناه ليس له أول ولا آخر، هذا ما تستعمله العرب على وجهين، **أحدهما**: يريدون به الكثرة فيقول: هذا جنس لا أول له ولا آخر، إذا أخبرت عن كثرته، **والوجه الثاني**: يريدون به الأمر المبهم الذي لا يعرف وجهه ولا يهتدى لإصلاحه، فيقال: ليس لهذا الأمر أول ولا آخر بمعنى أنه مبهم ليس له وجه، وهذا الحديث يحتمل الوجهين جميعاً، فيحتمل أن يريد به الكثرة في كثرة شهود الزور، وأن يريد به عظم الفساد بهذا الأمر حتى لا يهتدى لإصلاحه، ا هـ.

(فقال عمر) بن الخطاب: **(وما هو)** الأمر الذي أردت **(قال)** العراقي **(شهادات الزور)** بصيغة الجمع في النسخ المصرية، وشهادة الزور بالإفراد في الهندية **(ظهرت بأرضنا)** العراق.

قال الباجي: يريد ظهرت بأرضهم بعد أن لم تكن، ولو كانت بأرضهم قديماً لم يصفها الآن بالظهور، وإنما كان يصفها بالدوام أو البقاء والتزايد وهي من الكبائر، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ ٱلزُّورَ﴾[2] الآية، وما روي عنه ﷺ قال: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ثلاثاً؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: الإشراك بالله وعقوق الوالدين وجلس وكان متكئاً: ألا وقول الزور، فما زال يكررها حتى قلنا: ليته سكت»[3].

(فقال عمر) رضي الله عنه: **(أو قد كان ذلك؟)** يدل على أنه أمر لم يتقدم علمه به، ولا عهده بذلك البلد قبل إخبار هذا المخبر، وذلك أن جميع

---

(١) «المنتقى» (٥/ ١٨٩).

(٢) سورة الفرقان: الآية ٧٢.

(٣) أخرجه البخاري (٢٦٥٤)، ومسلم (١/ ٩١) (٨٧).

قَالَ: نَعَمْ. فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لَا يُؤْسَرُ رَجُلٌ فِي الْإِسْلَامِ بِغَيْرِ الْعُدُولِ.

الصحابة، ومن آمن بالنبي ﷺ في زمنه، ورآه كانوا عدولاً بتعديل الله إياهم وإخباره أنهم خيرُ أمة أخرجت للناس، وقوله تعالى: ﴿مُّحَمَّدٌ رَّسُولُ ٱللَّهِۚ وَٱلَّذِينَ مَعَهُۥٓ أَشِدَّآءُ عَلَى ٱلْكُفَّارِ﴾[1] الآية، وبهذا كان التعديل في حياة النبي ﷺ (قال) العراقي: **(نعم فقال عمر)** ـ رضي الله عنه ـ: **(والله لا يؤسر رجل في الإسلام بغير العدول)** قيل: معناه لا يحبس، والأسر الحبس، ويحتمل أن يريد به لا يملك ملك الأسر لإقامة الحقوق عليه إلا بالصحابة الذين جميعهم عدول أو بالعدل من غيرهم، كذا في «المنتقى»[2].

قال ابن عبد البر[3]: هذا يدل أن عمر ـ رضي الله عنه ـ رجع عما كتب به إلى أبي موسى وغيره من عماله: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا خصماً أو ظنيناً متهماً» أخرجه البزار وغيره عن عمر ـ رضي الله عنه ـ من وجوه كثيرة.

وقال الباجي[4]: يحتمل أن يكون هذا قبل أن يبلغه ما بلغ، ويحتمل أن يكون معنى ذلك أن الإسلام شرط في العدالة، وأنه لا يقبل أحد غيرهم؛ لأنه محال أن يريد به قبول شهادة مسلم علم فسقه، قال: وإذا ثبت ذلك، فإن ثبت على شاهد أنه شَهِدَ بِزُوْرٍ، إن كان لنسيان وغفلة، فلا شيء عليه، ومن كثر ذلك منه ردت شهادته ولم يحكم بها لفسقه.

وأما من ثبت أنه تعمد ذلك، فإنه يعاقب، وروى ابن وهب عن مالك أنه

---

(١) سورة الفتح: الآية ٢٩.
(٢) (٥/ ١٩١).
(٣) انظر: «الاستذكار» (٢٢/ ٣٠).
(٤) «المنتقى» (٥/ ١٩٠).

....

يجلد، قال ابن الماجشون: يضرب بالسوط، قال ابن القاسم: يضربه القاضي قدر ما يرى، وقال ابن كنانة: يكشف ظهره، قال ابن عبد الحكم: يضرب ضرباً موجعاً، وأيضاً روى ابن وهب عن مالك يطاف به ويشهر، وقال ابن الماجشون: يطاف به في الأسواق والجماعات، وقال ابن عبد الحكم: يشَهَّرُ في المساجد والحلق، قال ابن القاسم: في مجالس المسجد الأعظم، وروى ابن المواز وغيره عن مالك يسجن.

وهل تقبل شهادته إذا تاب؟ روي عن أشهب عن مالك لا تقبل شهادته أبداً، زاد عنه ابن نافع، وإن تاب، وهي رواية ابن القاسم في «المدونة» وروى علي عن ابن القاسم في «الموازية» تقبل شهادته إذا تاب، وأظنه لمالك، ا هـ.

وفي «الهداية»[١]: قال أبو حنيفة: شاهد الزور أُشَهِّرُه في السوق ولا أُعَزِّرُهُ، وقالا: نُوْجعه ضرباً ونحبسه، وهو قول الشافعي، ثم بسط في دلائل الفريقين.

ثم قال الباجي: في قول عمر ـ رضي الله عنه ـ لا يؤسر رجل بغير العدول يعني لا يؤسر إلا بالصحابة الذين جميعهم عدول أو بالعدل من غيرهم، فمن لم يكن من الصحابة ولم تعرف عدالته لم تقبل شهادته، هذا مذهب مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة: مجرد الإسلام يقتضي العدالة، فكل من أظهر الإسلام حكم له بالعدالة، وقبلت شهادته حتى يعرف فسقه، وحكى عنه أبو بكر الرازي أن ذلك إلى زمن أبي حنيفة؛ لأن القرن الثالث آخر القرون التي أثنى عليها رسول الله ﷺ، وأما بعد القرن الثالث فلا يكفي في عدالتهم مجرد الإسلام، والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ﴾ الآية. فيها ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ وقال: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ

(١) (٢/ ١٣١).

....

مِّنكُمْ﴾ وهذا شرط اعتبار الرضى والعدالة، وذلك معنى يزيد على الإسلام أو على إظهاره، ا هـ.

وقال ابن رشد[١]: اتفقوا على اشتراط العدالة، في قبول شهادة الشاهد للآيتين المذكورتين، واختلفوا فيما هي العدالة، فقال الجمهور: هي صفة زائدة على الإسلام، وهو أن يكون ملتزماً لواجبات الشرع ومستحباته، مجتنباً للمحرمات والمكروهات، وقال أبو حنيفة: يكفي في العدالة ظاهر الإسلام، وأن لا تعلم منه جرحة، ا هـ.

وفي «الهداية»[٢]: لا بد فيها من العدالة للآيتين المذكورتين، وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة تقبل شهادته؛ لأنه لا يستأجر لوجاهته، ويمتنع عن الكذب لمروءته، والأول أصح، وقال أبو حنيفة: يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم، ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم؛ لقوله ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف»[٣] ومثل ذلك مرويٌّ عن عمر ـ رضي الله عنه ـ، ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه، وبالظاهر كفاية، إذ لا وصول إلى القطع إلا في الحدود والقصاص، فإنه يسأل عن الشهود؛ لأنه يحتال لإسقاطها، فيشترط الاستقصاء فيها، ولأن الشبهة دارئةٌ فيها، وإن طعن الخصم فيهم يسأل عنهم في السر والعلانية.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق؛ لأن القضاء مبناه على الحجة، وهي شهادة العدول، فيتعرف

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٤٦٢).

(٢) (٢/ ١١٧).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٥/ ٧٦) باب من قال: لا يجوز شهادته إذا تاب.

وحدّثني مَالِكٌ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَصْمٍ ....

عن العدالة، وفيه صون قضائه عن البطلان، وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان، والفتوى على قولهما في هذا الزمان، ا هـ.

قال الحافظ في «الدراية»: حديث «المسلمون عدول» ابن أبي شيبة من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وقوله: مثله عن عمر ـ رضي الله عنه ـ هو في كتابه إلى أبي موسى، أخرجه الدارقطني من طريق أبي المليح، قال: كتب عمر ـ رضي الله عنه ـ إلى أبي موسى، أما بعد؛ فإن القضاء فريضة محكمة، إلى أن قال: «المسلمون عدول بعضُهم على بعض إلا مجلوداً في حَدٍّ، ومجرباً في شهادة زور، أو ظنيناً في ولاء أو قرابة»، وسكت الحافظان ابن حجر والزيلعي عن الكلام في المرفوع والموقوف، وذكر الزيلعي(١) كتاب عمر هذا مبسوطاً.

(مالك أنه بلغه) قال الزرقاني(٢): أخرجه البزار وقاسم بن ثابت وغيرهما من طرق كثيرة من رواية الحجازيين والعراقيين والشاميين والمصريين، اهـ **(أن عمر بن الخطاب)** رضي الله عنه **(قال: لا تجوز شهادة خصم)** قال ابن كنانة في «المجموعة»: إن الخصم في هذا الحديث الرجل يخاصم الرجل في الأمر الجسيم مثله يورث العداوة والحقد، فمثل هذا لا تقبل شهادته على خصمه في ذلك الأمر ولا غيره، وإن خاصمه في ما لا خطب له كثوب قليل الثمن ونحوه مما لا يوجب عداوة، فإن شهادته عليه في غير ما يخاصمه فيه جائزة، وقال يحيى بن سعيد: الخصم في هذا الحديث الوكيل، وقاله ابن وهب.

قال الباجي: والوجهان عندي محتملان، فيحتمل أن يريد به العَدُوَّ

(١) انظر: «نصب الراية» (٤/ ٨١)، و«الدراية» (٢/ ١٧١).
(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٨٨).

وَلَا ظَنِينٍ.

المخاصمَ، ويحتمل أن يريد به الوكيل على خصومته لا تقبل شهادته على ما يخاصم فيه، اهـ.

وفي «الدراية»: أبو داود[١] وأحمد وعبد الرزاق والدارقطني من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن رسول الله ﷺ رَدَّ شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر على أخيه، وأخرج الترمذي والدارقطني وأبو عبيد في «الغريب»، من حديث عائشة نحوه.

(ولا ظنين) بالظاء المعجمة أي مُتَّهم في دين، فعيل بمعنى مفعول من الظنة أي التهمة، وفي حديث آخر «ولا ظنين في ولاء» وهو الذي ينتمي إلى غير مواليه، لا تقبل شهادته للتهمة، كذا في «النهاية».

وقد روى الترمذي[٢] عن عائشة مرفوعاً «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة» الحديث. وفيه «ولا ظنين في ولاء» قال الترمذي: غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد إلى أن قال: والظنين المتهم في دينه، كذا في «المحلى».

وقال الباجي[٣]: روى ابن مزَيِّنٌ عن يحيى بن سعيد أنه المتهم الذي يظن به غير الصلاح، وقال ابن كنانة: هو المتهم، فكل من اتهم في شهادة بميل لم يحكم بها، وإن كان مبرزاً في العدالة، والتهمة التي يتعلق بها رد الشهادة على قسمين؛ **أحدهما**: لجر المال، **والثاني**: لدفع المعرَّة، والأول على ضربين: **أحدهما**؛ أن يشهد لنفسه أو لغيره ممن يرغب في كثرة ماله، **والثاني**؛ أن يشهد لمن يناله معروفه.

---

(١) «سنن أبي داود» (٣٦٠٠).

(٢) أخرجه الترمذي (٢٢٩٨).

(٣) «المنتقى» (٥/ ٢٠٤).

....

وبسط الكلام فيها إلى أن قال: وروى ابن نافع عن مالك أنه قال: يدخل في قول عمر ـ رضي الله عنه ـ هذا شهادة الأبوين للولد وأحد الزوجين للآخر، وهذا مذهب علماء الأمصار، وروي عمن لا يعتد بخلافه تجوز شهادة الآباء للأبناء والأبناء للآباء، والدليل على ما نقوله حديث عمر ـ رضي الله عنه ـ هذا، وقد اتفق العلماء على تصحيحه، والأخذ به، ولا نعلم بتهمة أقوى من كلف الآباء بالأبناء ومحبة الأبناء بالآباء، ولأن الإنسان إنما ترد شهادته لنفسه للتهمة، ومن الناس من تكون محبته لبنيه تربو على محبته لنفسه أو تقاربها فيجب أن لا تجوز شهادته، اهـ.

وقال ابن رشد[١]: أما التهمة التي سببها المحبة، فإن العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة في إسقاط الشهادة. واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو البغضة التي سببها العداوة الدنيوية، فقال بردها فقهاءُ الأمصار إلا أنهم اتفقوا في مواضع على إعمال التهمة، وفي مواضع على إسقاطها، وفي مواضع اختلفوا فيها، فأعملها بعضهم، وأسقطها بعضهم، فما اتفقوا عليه رد شهادة الأب والأم لابنهما والابن لهما.

ومما اختلفوا فيه شهادة الزوجين أحدهما للآخر، فإن مالكاً ردّها وأبا حنيفة، وأجازها الشافعي وأبو ثور والحسن، وقال ابن أبي ليلى: تقبل شهادة الزوج لزوجه، ولا تقبل شهادتها له، وبه قال النخعي، ومما اتفقوا على إسقاط التهمة فيه شهادة الأخ لأخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه عاراً على ما قال مالك، وما لم يكن منقطعاً إلى أخيه يناله بره وصلته، ما عدا الأوزاعي فإنه قال: لا تجوز.

وعمدة الجمهور في رد الشهادة بالتهمة ما روي عنه ﷺ أنه قال: «لا

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٤٦٣).

....

تقبل شهادة خصم ولا ظنين»، وأما الطائفة الثانية، وهم شريح وأبو ثور وداود، فإنهم قالوا: تقبل شهادة الأب لابنه فضلاً عمن سواه، إذا كان عدلاً، لقوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ والآية.

والأمر بالشيء يقتضي إجزاء المأمور به، إلا ما خصصه الإجماع من شهادة المرء لنفسه، وأما من طريق النظر، فإن لهم أن يقولوا رد الشهادة بالجملة، إنما هو لموضع اتهام الكذب، وهذه التهمة إنما اعتملها الشارع في الفاسق، ومنع إعمالها في العادل، فلا تجتمع العدالة مع التهمة، اهـ.

وقال الموفق[١]: ظاهر المذهب أن شهادة الوالد لولده لا تقبل، ولا لولد ولده وإن سفل، ولا شهادة الولد لوالده ووالدته وإن علوا، وسواء في ذلك الآباء والأمهات وآباؤهما وأمهاتهما، وبه قال شريح والحسن والشعبي والنخعي ومالك والشافعي وإسحق وأبو عبيد وأصحاب الرأي، وعن أحمد رواية ثانية تقبل شهادة الابن لأبيه لا عكسه؛ لأن مال الابن في حكم مال الأب، له أن يتملكه إذا شاء، فشهادته له شهادته لنفسه، قال النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»[٢] ولا يوجد هذا في شهادة الابن لأبيه، وعنه رواية ثالثة تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه في ما لا تهمة فيه كالنكاح والطلاق، والمال إذا كان مستغنى عنه؛ لأن كل واحد منهما لا ينتفع بما يثبت للآخر من ذلك، فلا تهمة في حقه، وروي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة، وروي ذلك عن شريح، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو ثور والمزني وداود وإسحق وابن المنذر لعموم الآيات، ولأنه عدلٌ تقبل شهادته في غير هذا الموضع، فتقبل فيه كالأجنبي.

---

(١) «المغني» (١٤/ ١٨١).

(٢) رواه الطبراني، في «الكبير» (٧/ ٩٧٩).

(٣) باب القضاء في شهادة المحدود

ولنا ما روي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تجوز شهادة خائن وخائنة، ولا ذي غِمْرٍ على أخيه، ولا ظنين في قرابة ولا ولاء». والظنين: المتهم، والأب يتهم لولده، لأن ماله كماله بما ذكرنا، ولأن بينهما بَعْضِيَّةٌ، فكأنه يشهد لنفسه، ولذا قال ﷺ: «فاطمة بضعة مني»[1] ولأنه مُتَّهم في الشهادة لولده كتهمة العدو في الشهادة على عدوه، والخبر أخصُّ من الآيات، فتخص به.

وأما شهادة أحدهما على صاحبه، فتقبل، نص عليه أحمد، وهذا قول عامة أهل العلم، وذلك لقوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَوِ ٱلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾[2]، فأمر بالشهادة عليهم، ولو لم تقبل لما أمر بها، ولأنها إنما ردت للتهمة في إيصال النفع، ولا تهمة في شهادته عليه، فوجب أن تقبل كشهادة الأجنبي، بل أولى، فإن شهادته لنفسه لما ردت للتهمة في إيصال النفع إلى نفسه، كان إقراره عليه مقبولاً.

وحكى القاضي رواية أخرى أن شهادة أحدهما لا تقبل على صاحبه، لأن شهادته له غير مقبولة، فلا تقبل عليه كالفاسق، وقال بعض الشافعية: لا تقبل شهادة الابن على أبيه في قصاص ولا حد قذف، والمذهب الأول لما ذكرنا، ولأنه يتهم له ولا يتهم عليه، فشهادته عليه أبلغ في الصدق كإقراره على نفسه، اهـ.

(٣) القضاء في شهادة المحدود

قال الموفق[3]: القاذف إن كان زوجاً، فحقق قذفه ببينة أو لعان، أو كان

(١) أخرجه البخاري (٥٢٣٠) ومسلم (٢٤٤٩) وأبو داود (٢٠٧١) والترمذي (٣٨٦٧) وابن ماجه (١٩٩٨).

(٢) سورة النساء الآية ١٣٥.

(٣) «المغني» (١٤/ ١٨٨).

....

أجنبياً، فحققه بالبينة أو بإقرار المقذوف، لم يتعلق بقذفه فسقٌ ولا حدٌّ ولا رَدُّ شهادةٍ، وإن لم يحقق قذفه بشيء من ذلك، تعلق به وجوب الحد عليه، والحكم بفسقه، ورد شهادته؛ لقوله عز اسمه: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ الآية، فإن تاب لم يسقط عنه الحد، وزال الفسق بلا خلاف.

وتقبل شهادته عندنا. ورُوي ذلك عن عمر، وأبي الدرداء، وابن عباس، وبه قال عطاء وطاووس ومجاهد والشعبي والزهري ومالك والشافعي والبتي وإسحق وأبو عبيد وابن المنذر. وذكره ابن عبد البر عن يحيى بن سعيد وربيعة. وقال شريح والحسن والنخعي وسعيد بن جبير والثوري وأصحاب الرأي: لا تقبل شهادته إذا جُلِدَ وإن تاب، وعند أبي حنيفة لا ترد شهادته قبل الجلد وإن لم يتب.

فالخلاف معه في الفصلين؛ **أحدهما**: أنه عندنا تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحققه، وعند أبي حنيفة ومالك لا تسقط إلا بالجلد، والثاني: إذا تاب قبلت شهادته وإن جلد، وعند أبي حنيفة لا تقبل، وتعلق بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ﴾ وروى ابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً «لا تجوز شهادة خائن ولا محدود في الإسلام»، واحتج في الفصل الآخر بأن القذف قبل حصول الجلد يجوز أن تقوم به البينة، فلا يجب به التفسيق.

ولنا في الفصل الأول إجماع الصحابة فإنه يروى عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه كان يقول لأبي بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة: تب، أَقْبَلْ شهادتَك، ولم ينكر ذلك منكر، فكان إجماعاً، قال سعيد بن المسيب: شهد على المغيرة ثلاثة أبو بكرة ونافع بن الحارث وشبل، ونكَلَ زيادٌ، فجلد عمر ـ رضي الله عنه ـ الثلاثة، وقال لهم: توبوا تقبل شهادتكم، فتاب رجلان، وقبل عمر ـ رضي الله عنه ـ شهادتهما، وأبى أبو بكرة، فلم يقبل شهادته[1]،

(١) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٨/ ٣٦٢).

....

ويحققه أن الزناء أعظم من القذف به، وكذلك قتل النفس وسائر الذنوب إذا تاب فاعلها قبلت شهادته فهذا أولى.

وأما الآية فحجة لنا، فإنه استثنى التائبين، والاستثناء من النفي إثبات، فيكون التقدير إلا الذين تابوا فاقبلوا شهادتهم، وليسوا بفاسقين.

فإن قالوا: إنما يعود الاستثناء إلى الجملة التي تليه بدليل أنه لا يعود إلى الجلد. قلنا: بل يعود إليه أيضاً، لأن هذه الجمل معطوف بعضها على بعض بالواو، وهي للجمع تجعل الجمل كلها كالجملة الواحدة، فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا ما منع منه مانع، وحديثهم ضعيف، يرويه الحجاج بن أرطاة، وهو ضعيف.

قال ابن عبد البر: لم يرفعه مَنْ روايتُه حجة، وقد روي من غير طريقه، ولم تذكر فيه هذه الزيادة، فدل ذلك على أنها من غلطه، ويدل على خطئه قبول شهادة كل محدود في غير القذف بعد توبته، ثم لو قُدِّرَ صحتُه، فالمراد به من لم يتب بدليل: كل محدود تائب سوى هذا. وأما الفصل الثاني فدليلنا فيه الآيةُ، فإنه رتب على رمي المحصنات ثلاثة أشياء، إيجاب الجلد، ورَدُّ الشهادة، والفسقُ، فوجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمي الذي لم يمكنه تحققه كالجلد، ولأن الرمي هو الذنب الذي يستحق به العقوبة، وتثبت المعصية الموجبة لرد الشهادة، والحد كفارة وتطهير، فلا يجوز تعليق رد الشهادة به، اهـ مختصراً.

وسيأتي الكلام على الآية في كلام المصنف قريباً، وأما حديث عمرو بن شعيب فقد قال العيني(١): إن الحجاج بن أرطاة أخرج له مسلم مقروناً بغيره، وقد تابعه المثنى بن الصباح وآدم بن فائد عند البيهقي، ورواه أبو سعيد النقاش

(١) «عمدة القاري» (٩/ ٤٩٤).

قَالَ يَحْيَىٰ عَنْ مَالِكٍ؛ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ وَغَيْرِهِ أَنَّهُمْ سُئِلُوا: عَنْ رَجُلٍ جُلِدَ الْحَدَّ. ....

في «كتاب الشهود» تأليفه من حديث حجاج، ومحمد بن عبد الله العزرمي، وسليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب. ورواه أحمد بن موسى بن مردويه في «مجالسه» من حديث المثنى عن عمرو عن أبيه عن عبد الله، وروي عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ ذكره ابن حزم بسند جيد عنه أنه قال: شهادة القاذف لا تجوز وإن تاب، وكفى به حجة، وقال ابن حزم أيضاً: وصح ذلك أيضاً عن الشعبي في أحد قوليه، والحسن البصري، ومجاهد في أحد قوليه، وعكرمة في أحد قوليه، اهـ.

وأثر عمر ـ رضي الله عنه ـ في قصة أبي بكرة ذكره البخاري تعليقاً وتكلم عليه العيني في «شرحه» وابن التركماني في «الجوهر النقي»[١] والرازي في «أحكام القرآن». وفي «المحلى»: ما روي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال لأبي بكرة: تب أقبل شهادَتَك، في رواته عمرو بن قيس مع كونه معارضاً لما قاله لأبي موسى الأشعري في كتابه له: والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا المجلود في قذف، رواه الدارقطني من طريق فيه عبد الله بن حميد، وهو ضعيف، ومن طريق آخر حسنه، وأخرجه البيهقي من طريق غير الطريقين جيد، اهـ.

(**مالك أنه بلغه عن سليمان بن يسار**) المدني الفقيه (**وغيره**) من أهل العلم، وأخرج البيهقي برواية ابن بكير عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار سئلا عن ذلك الحديث (**أنهم سئلوا**) ببناء المجهول (**عن رجل جلد**) ببناء المجهول (**الحد**) أي حَدٍّ كان، أوحد القذف خاصة محتملان كما سيأتي عن الباجي.

(١) «الجوهر النقي» على هامش «السنن الكبرى» (١٠/ ١٥٢).

أَتَجُوزُ شَهَادَتُهُ؟ فَقَالُوا: نَعَمْ. إِذَا ظَهَرَتْ مِنْهُ التَّوْبَةُ.

وحدّثني مَالِكٌ؛ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يُسْأَلُ عَنْ ذٰلِكَ. فَقَالَ مِثْلَ مَا قَالَ سُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذٰلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا. وَذٰلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ....

(أتجوز شهادته؟ فقالوا) كذا في جميع النسخ المصرية والهندية إلا الزرقاني، ففيها فقال بالإفراد أي سليمان ومن قال بقوله **(نعم إذا ظهرت منه التوبة)**، قال الباجي[1]: قوله: جلد الحد لفظٌ عامٌ في الحدود التي يجلد فيها من الزنا وشرب الخمر والقذف إلا أن إيراده ههنا يحتمل وجهين: **أحدهما**: أن يريد به حمله على عمومه، ثم يستدل به على نوع منه بالنص وهو في حد القذف فيجعله أصلاً لجميع الجنس، **والثاني**: أن يريد القذف وحده، ويقصد بيان حكمه بالآية التي أوردها لأنها خاصة في حد القذف، اهـ.

(مالك أنه سمع ابن شهاب) الزهري **(يسأل)** ببناء المجهول **(عن ذلك فقال)** الزهري: **(مثل ما قال سليمان بن يسار)** ولفظ البيهقي في رواية ابن بكير عن مالك بعد الأثر السابق، وعن ابن شهاب أنه سئل عن رجل إذا جلد الحد هل تجوز شهادته؟ قال: نعم إذا ظهرت منه التوبة.

(قال مالك: وذلك الأمر) المرجح **(عندنا)** في المدينة المنوّرة **(وذلك)** بيان لدليل أن المحدود في القذف إذا تاب قبلت شهادته **(لقول الله تبارك وتعالى)** في سورة النور (﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾) أي العفيفات مبتدأ، أخبر عنه بثلاثة جمل؛ أولاها «فاجلدوهم» والمعنى أي يقذفونهن بالزنا، وهكذا قذف الذكور، وإنما اقتصر عليهن لخصوص الواقعة، أو لأن قذف النساء أغلب وأشنع، أو لأن شأنهن الميل للزنا، وإذا كان مع ذلك يجب حَدّ قاذفهن، فيجب حد قاذف

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٠٧).

ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴿٤﴾ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِنۢ بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُوا۟ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٥﴾﴾.

الرجل المحصن بالأولى كذا في «المحلى» و «الجمل»، وتشترط للإحصان شرعاً شرائطُ مذكورةٌ في الفقه.

(﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟﴾) لإثبات مدعاهم (﴿بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾) يشهدون برؤيتهم زناها، (﴿فَٱجْلِدُوهُمْ﴾) أي كل واحد منهم (﴿ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً﴾) في شيء من الأمور أصلاً (﴿أَبَدًا﴾) ما لم يتوبوا عند الإمام مالك ومن معه من القائلين، إن التائب تجوز شهادته، ولا تقبلوا مدة حياتهم، وإن تابوا عند أبي حنيفة ومن معه من القائلين، إن التوبة لا تجعله مقبول الشهادة (﴿وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾) أي المحكوم عليهم بالفسق لإتيانهم الكبيرة، وهي رَمْيُ المحصن (﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِنۢ بَعْدِ ذَٰلِكَ﴾) أي رجعوا عن قذفهم (﴿وَأَصْلَحُوا۟﴾) أعمالهم (﴿فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ﴾) لهم قذفهم (رَّحِيمٌ) بهم بإلهامهم، وتوفيقهم إصلاح العمل.

أوجب الله عز اسمه على القاذف إذا لم يقم البينة على صحة ما قال ثلاثة أحكام: **الأول**: أن يجلد ثمانين. **الثاني**: تردّ شهادته أبداً. **الثالث**: أنه فاسق عند الله وعند الناس، ثم استثنى الله عزّ وجلّ منها التائب، واتفق العلماء على أن الحكم الأول لا يتناوله الاستثناء، فإن الجلد لا يسقط عنه سواء تاب أو لم يتب إلا ما في «المحلى» عن البيضاوي إذ قال: الاستثناء راجع إلى أصل الحكم، وهو اقتضاء الشرط بهذه الأمور، ولا يلزمه سقوط الحد به كما قال به الشعبي، اهـ.

وقال الحافظ[1]: بالغ الشعبي، فقال: إن تاب القاذف قبل إقامة الحد سقط عنه، اهـ واتفقوا أيضاً على أن الحكم الثالث المتصل بالاستثناء داخل

---

(١) «فتح الباري» (٥/ ٢٥٥).

....

فيه، فإن الفسق يرتفع عند الجميع بنص الكتاب، واختلفوا في الحكم المتوسط هل يلحق بالأول أو الآخر؟ فقالت الأئمة الثلاثة ومن معهم: هو ملحق بالآخر، ويرتفع بالتوبة حكم رد الشهادة أيضاً، لأن الاستثناء إذا تعقب جملاً بعضها معطوف على بعض، ينصرف الاستثناء إلى الكل، فكذلك ههنا إلا أن الأول خرج منه بالإجماع، فبقي الآخران داخلين في الاستثناء.

وقالت الحنفية ومن معهم: إن الاستثناء يتعلق بالثالث فقط، لأن الأصل فيه أن يتعلق بالملحق، ولو سلم تعلقه بالجميع فهو ممنوع ها هنا لخروج الأول منه إجماعاً، ولا وجه لتعلقه بالاثنين من الجمل الثلاثة، فإنه إما أن يتعلق بالكل، وهو ممنوع، أو يتعلق بالآخر، وهو واضح.

قال العيني[1]: أما شهادته فلا تقبل أبداً عند الحنفية، لأن ردَّ الشهادة من تتمة الحد، لأنه يصلح جزاء فيكون مشاركاً للأول في كونه حدّاً، وقوله: ﴿وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ﴾، لا يصلح جزاء، لأنه ليس بخطاب للأئمة، بل هو إخبار عن صفة قائمة بالقاذفين، فلا يصلح أن يكون من تمام الحد، لأنه كلام مبتدأ بالاستئناف منقطع عما قبله لعدم صحة عطفه على ما سبق، لأنها جملة إخبارية ليس بخطاب للأئمة، وما قبله جملة إنشائية خطاب لهم.

وكذا قوله: «ولا تقبلوا» جملة إنشائية خطاب للأئمة، فيصلح أن يكون عطفاً على قوله: «فاجلدوا» والشافعي ـ رحمه الله ـ قطع قوله: «ولا تقبلوا» عن قوله: «فاجلدوا» مع دليل الاتصال، وهو كونه جملة إنشائية صالحة للجزاء مفوضة إلى الأئمة مثل الأول، وواصل قوله: ﴿وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ﴾، مع قيام دليل الانفصال، وهو كونه جملة اسمية غير صالحة للجزاء، اهـ.

وفي «المحلى»: قال أبو حنيفة وأصحابه: ﴿وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ﴾

(١) «عمدة القاري» (٩/ ٤٩١).

قالَ مَالِكٌ: فَالْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ الَّذِي يُجْلَدُ الْحَدَّ ثُمَّ تَابَ وأَصْلَحَ. تَجُوزُ شَهَادَتُهُ. وَهُوَ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَيَّ فِي ذٰلِكَ.

معطوف على قوله: «﴿فَٱجْلِدُوهُمْ﴾» والعطف للاشتراك، فيكون ردُّ الشهادة من الحد، وهو لا يرتفع بالتوبة، والاستثناء تعقب جملة منقطعة، وهي جملة مستأنفة، فإنها تخالف لما قبلها بكونها إخبارية غير مخاطب بها الأئمة، اهـ.

(قال مالك: فالأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا) بالمدينة المنوّرة **(أن الذي يجلد)** ببناء المجهول **(الحد ثم تاب)** عن قذفه **(وأصلح)** عمله أي غلب عليه صلاح العمل كما سيأتي **(تجوز شهادته، وهو)** أي هذا القول **(أحبّ ما سمعت إليّ)** متعلق بأحبّ **(في ذلك)** متعلق بسمعت.

قال الباجي[1]: وفي أيّ شيء تقبل شهادته؟ روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك تقبل شهادته في كل شيء إلا القذف، وقال ابن كنانة في «المجموعة»: من حُدَّ في قذف أو زنا قبلت شهادته في القذف والزنا وغيره، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وجه القول الأول ما طبع عليه الخلق أن من كانت به وصمةٌ أو تورّط في أمر حرص أن يلحق ذلك بغيره من الناس ليساووه، وينفي عنه مَعَرَّة ذلك، فيتهم أن يشهد على غيره بما وافقه ليساويه، ووجه القول الثاني أن حكمنا بعدالته ينفي مثل هذه التهمة عنه، فإذا قبلنا شهادته في غير ذلك من الحد وجب أن تقبل شهادته في القذف، اهـ.

وقال الموفق[2]: إن الحاكم إذا شهد عنده فاسقٌ فرَدَّ شهادته لفسقه، ثم تاب وأصلح وأعاد تلك الشهادة لم يكن له أن يقبلها، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي، وقال أبو ثور والمزني وداود: تقبل، قال ابن المنذر: والنظر

---

(١) «المنتقى» (٥/٢٠٨).

(٢) «المغني» (١٤/١٩٥).

....

يدل على هذا لأنها شهادة عدل، فتقبل كما لو شهد وهو كافر، فردّت شهادته، ثم شهد بها بعد إسلامه.

ولنا أنه مُتَّهَمٌ في أدائها، لأنه يُعَيَّرُ بردها، ولحقته غضاضة لكونها ردّت بسبب نقص يتعير به، وصلاح حاله بعد ذلك من فعله يزول به العار، فتلحقه تهمة في أنه قصد إظهار العدالة لتقبل، فيزول ما حصل بردها، وفارق ما إذا ما ردت شهادة كافر لكفره أو صبي لصغره أو عبد لرقه، ثم أسلم الكافر، وبلغ الصبي، وعتق العبد، وأعادوا تلك الشهادة، فإنها لا تُرَدُّ، لأن البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد، فيُتّهم في أنه فعلهما لتقبل شهادته، والكافر لا يرى كفره عاراً، ولا يترك دينه من أجل شهادة ردّت عليه، وقد روي عن النخعي والزهري وقتادة وأبي الزناد ومالك أنها تردُّ أيضاً في حق من أسلم وبلغ، وعن أحمد رواية أخرى كذلك، لأنها شهادة مردودة، فلم تقبل كشهادة من كان فاسقاً، وقد ذكرنا ما يقتضي فرقاً بينهما فيفترقان، اهـ.

وفي «الدر المختار»[1]: الفاسق إذا تاب تقبل شهادته إلا المحدود بقذف، قال ابن عابدين: قال قاضيخان: الفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمضِ عليه زمان يظهر أثر توبته، ثم بعضهم قدّر ذلك بستة أشهر، وبعضهم قدّر بسنة، والصحيح أنه مفوض إلى رأي القاضي والمَعدِّل، وفي «خزانة المفتين»: كل شهادة ردت لتهمة الفسق إذا أعادها لا تقبل، اهـ.

ثم في قول مالك المذكور أناط الحكم على التوبة وصلاح العمل كليهما، لكن المعروف عند المالكية أن المؤثر فيه صلاح العمل فقط.

قال الباجي: ليس من شرط توبته ولا مؤثراً في قبول شهادته رجوعه عن قذفه، وإنما يعتبر في ذلك بصلاح حاله، رواه ابن القاسم عن مالك في

---

(١) (٨/ ٢٢١).

....

«المجموعة» قال: ولا يقول له الإمام: تُبْ، ولو قال: تُبْتُ لم ينفعه ذلك، ولو قال: لا أتوب لم يضره ذلك، لأن قول الإنسان: تبت لا يقبل منه، ولا ينقله عن حالة الفسق حتى يظهر من أفعاله ما يستدل به على ذلك، وقال الشافعي: توبته تكذيبه نفسه، وبلغني عن القاضي أبي الحسن نحوه.

وجه قول مالك أن هذه توبة من ذنب، فكانت بالاستغفار والعمل الصالح كسائر الذنوب. وجه القول الثاني أن المعصية إذا كانت بالأقوال، فالتوبة منها بالقول، وتكذيب نفسه كالردة، لما كانت قولاً كانت التوبة منها بتكذيب قوله المتقدم، اهـ.

وفي «المحلى»: عند مالك يعتبر صلاح العمل مع التوبة لقوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ وَأَصۡلَحُواْ﴾ وهو قول للشافعي، وقيل: لا يعتبر لأن عمر ـ رضي الله عنه ـ قال لأبي بكرة: تب أقبل شهادتك، وقد يجاب بأن أبا بكرة كان من العباد، فصلاح العمل كان ثابتاً، اهـ.

وقال الموفق[١]: ظاهر كلام أحمد والخرقي أنه لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة من قبول الشهادة وصحة ولايته في النكاح إصلاح العمل، وهو أحد القولين للشافعي، وفي القول الآخر يعتبر إصلاح العمل إلا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنا، ولم يكمل عدد الشهود، فإنه يكفي مجرد التوبة من غير اعتبار إصلاح، وما عداه فلا تكفي التوبة حتى تمضي عليه سنة تظهر فيها توبته، ويتبين فيها صلاحه، وذكر أبو الخطاب هذه رواية لأحمد، لأن الله تبارك وتعالى قال: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِنۢ بَعۡدِ ذَٰلِكَ وَأَصۡلَحُواْ﴾[٢] وهذا نصٌّ فإنه نهى عن قبول شهادتهم، ثم استثنى التائب المصلح.

---

(١) «المغني» (١٤/ ١٩٤).

(٢) سورة البقرة: الآية ١٦٠.

....

ولأن عمر رضي الله عنه لما ضرب صبيغاً أمر بهجرانه حتى بلغته توبته، فأمر أن لا يكلم إلا بعد سنة.

ولنا، قوله ﷺ: «التوبة تَجُبُّ ما قبلها، والتائب من الذنب كمن لا ذنب له»، ولأن التوبة من الشرك بالإسلام، لا تحتاج إلى اعتبار ما بعده، وهو أعظم الذنوب كلها، فما دونه أولى، فأما الآية فيحتمل أن يكون الإصلاح، هو التوبة، وعطفه عليها، لاختلاف اللفظين، ودليل ذلك قول عمر ـ رضي الله عنه ـ لأبي بكرة: تب أقبل شهادتك، ولم يعتبر أمراً آخر، ولأن من كان غاصباً، فرد ما في يديه، أو مانعاً للزكاة فأداها، وتاب إلى الله قد حصل منه الإصلاح. وعلم نزوعه عن معصيته بأداء ما عليه، ولو لم يرد التوبة ما أدى ما في يديه، ولأن تقييده بالسنة تحَكُّمٌ لم يرد الشرع به، والتقييد إنما يثبت بالتوقيف.

وما ورد عن عمر ـ رضي الله عنه ـ في حق صبيغ إنما كان لأنه تائب من بدعة، وكانت توبته بسبب الضرب والهجران، فيحتمل أنه أظهر التوبة تستراً بخلاف مسألتنا، وقد ذكر القاضي أن التائب من البدعة يعتبر له مضيّ سنة، لحديث صبيغ، رواه أحمد، قال: ومن توبته أن يجتنب من كان يواليه من أهل البدع، ويوالي من كان يعاديه من أهل السنة، والصحيح أن التوبة من البدعة كغيرها إلا أن تكون التوبة بفعل يشبه الإكراه، كتوبة صبيغ، فيعتبر له مدة تظهر أن توبته على إخلاص، لا عن إكراه.

وللحاكم أن يقول للمتظاهر بالمعصية: تب أقبل شهادتك، قال مالك: لا أعرف هذا. قال الشافعي: كيف لا يعرفه، وقد أمر النبي ﷺ بالتوبة، وقاله عمر ـ رضي الله عنه ـ لأبي بكرة، اهـ. وتقدم قريباً ما في «الدر المختار» وشرحه.

(٤) باب القضاء باليمين مع الشاهد

(٤) القضاء باليمين مع الشاهد

قال الموفق[١]: أجمع المسلمون على أنه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة شهود، وقد نص الله تعالى عليه بقوله سبحانه: ﴿لَّوْلَا جَآءُو عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾[٢] الآية. في آي سواها، وأجمعوا على أنه يشترط كونهم مسلمين عدولاً ظاهراً وباطناً، سواء كان المشهود عليه مسلماً أو ذمياً، وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالاً أحراراً، فلا تقبل شهادة النساء ولا العبيد، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وشذَّ أبو ثور فقال: تقبل فيه شهادة العبيد، وحكي عن عطاء وحماد أنهما قالا: تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين.

ولا يقبل فيما سوى الأموال مما يَطَّلِعُ عليه الرجال أقل من رجلين، وهذا القسم نوعان؛ **أحدهما**، العقوبات، وهي الحدود والقصاص، فلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين، إلا ما روي عن عطاء وحماد أنهما قالا: يقبل فيه رجل وامرأتان، **والثاني**، ما ليس بعقوبة كالنكاح والرجعة والطلاق وأشباه هذا، فقال القاضي: المعول عليه في المذهب أن هذا لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين، ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال.

ولا يثبت شيء من هذين النوعين بشاهد ويمين المدعي، لأنه إذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين، فلأن لا يثبت بشهادة واحد ويمين أولى، قال أحمد ومالك في الشاهد واليمين: إنما يكون ذلك في الأموال خاصة. لا يقع في حدٍّ ولا نكاح ولا طلاق ولا عتاقة ولا سرقة ولا قتل.

وقد قال الخرقي: إذا ادّعى العبد أن سيده أعتقه، وأتى بشاهد، وحلف

---

(١) «المغني» (١٤/ ١٢٥).

(٢) سورة النور: الآية ١٣.

....

مع شاهده صار حراً، نص عليه أحمد، وقال في شريكين في عبدٍ ادَّعَى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه، وكانا معسرين عدلين، فللعبد أن يحلف مع كل واحد منهما، ويصير حراً، أو يحلف مع أحدهما، ويصير نصفه حراً، فيخرج مثل هذا في الكتابة والولاء والوصية والوديعة والوكالة، فيكون في الجميع روايتان. ما خلا العقوبات البدنية والنكاح وحقوقه، فإنها لا تثبت بشاهد ويمين قولاً واحداً.

قال القاضي: المعمول عليه في جميع ما ذكرنا أنه لا يثبت إلا بشاهدين. وهو قول الشافعي، وروى الدارقطني عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: استشرت جبرائيل[١] في القضاء باليمين مع الشاهد، فأشار عليَّ في الأموال، لا تعدُ[٢] ذلك، وقال عمرو بن دينار عن ابن عباس عن النبي ﷺ «أنه قضى بالشاهد واليمين؟ قال: نعم في الأموال»، وتفسير الراوي أولى من تفسير غيره، رواه الإمام أحمد وغيره، ولا يقبل في الأموال أقل من رجل وامرأتين، ورجل عدل مع يمين الطالب.

وجملة ذلك أن المال كالقراض، والغصب، والديون كلها، وما يقصد به المال كالبيع، والوقف، والإجارة، والهبة، والصلح، والمساقاة، والمضاربة، والشركة، والوصية له والجناية الموجبة للمال كجناية الخطأ، وعمد الخطأ، والعمد الموجب للمال، دون القصاص كالجائفة تثبت بشهادة رجل وامرأتين.

وقال أبو بكر: لا تثبت الجناية في البدن بشهادة رجل وامرأتين، لأنها جناية. فأشبهت ما يوجب القصاص، والأول أصحُّ، لأن موجبها المال، فأشبهت البيع، ولا خلاف في أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال، وقد

---

(١) في «المغني» جبريل.

(٢) في «المغني» «لا تعدُو».

....

نَصَّ الله تعالى على ذلك في كتابه بقوله: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ﴾ الآية. وأجمع أهل العلم على القول به، وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدّعيه بشاهد ويمين، روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي، وهو قول الفقهاء السبعة، وعمر بن عبد العزيز والحسن وشريح وأياس، وعبد الله بن عتبة، وأبي سلمة بن عبد الرحمن وربيعة ومالك وابن أبي ليلى، وأبي الزناد، والشافعي.

وقال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي والأوزاعي: لا يقضى بشاهد ويمين، وقال محمد بن الحسن: من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه. لأنه تعالى قال: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ فمن زاد في ذلك فقد زاد في النص، والزيادة في النص نسخ، ولأنه ﷺ قال: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فحصر اليمين في جانب المدعى عليه كما حصر البينة في جانب المدعي.

ولنا؛ ما روي عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ «قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد» رواه سعيد بن منصور في «سننه» والأئمة في «السنن» و«المسانيد»، قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وفي الباب عن علي وابن عباس وجابر وسُرَّقٍ[١]، قال النسائي: إسناد حديث ابن عباس في اليمين مع الشاهد إسناد جيد، ولا حجة لهم في الآية لأنها دلت على مشروعية الشاهدين، والشاهد والمرأتين ولا نزاع فيه، وقولهم: إن الزيادة في النص نسخ غير صحيح، لأن النسخ الرفع والإزالة، والزيادة في الشيء تقرير له لا رفع، وحديثهم ضعيف، وليس هو للحصر بدليل أن اليمين تشرع في حق المُوْدِع إذا ادّعى رد الوديعة وتلفها وغير ذلك من الأمور، انتهى مختصراً.

وقال العيني[٢] فيمن لم يقل بالشاهد واليمين: هو مذهب ابن شبرمة وابن أبي ليلى وعطاء والنخعي والشعبي والأوزاعي والكوفيين والأندلسيين من أصحاب مالك، اهـ.

---

(١) في الأصل مسروق، وهو تحريف.

(٢) «عمدة القاري» (٩/ ٥٤٢).

....

وزاد الزرقاني[1] فيهم الثوري والحكم والزهري بخلف[2] عنه، وفي «المحلى»: قال النووي: جاءت أحاديث كثيرة في هذه المسألة من رواية علي وابن عباس وزيد بن ثابت وأبي هريرة وعمارة بن حزم وسعد بن عبادة وعبد الله بن عمر والمغيرة، وهو حجة جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم.

قال: وأورد الشيخ السيوطي في «جمع الجوامع» هذا الحديث من رواية مسلم وأحمد وأبي داود وابن ماجه عن ابن عباس، ومن رواية أحمد والترمذي وابن ماجه عن جابر، ومن رواية أبي داود والترمذي عن أبي هريرة، ومن رواية أحمد والطبراني عن عمارة بن حزم، ومن رواية الطبراني وأبي نعيم في «الحلية» عن زيد بن ثابت، ومن رواية البيهقي عن علي وعمر ـ رضي الله عنهم أجمعين ـ.

ولم يعمل به الحنفية لمخالفة الكتاب والسنّة المشهورة، وعن الزهري في اليمين مع الشاهد أنه بدعة، وأول من قضى به معاوية، رواه ابن أبي شيبة، قال محمد: ذكر ذلك ابن أبي ذئب عنه، قال: سألته عن اليمين مع الشاهد، فقال: بدعة، وأول من قضى به معاوية، وكان ابن شهاب أعلم عند أهل المدينة بالحديث عن غيره، وكذلك ابن جريج أيضاً عن عطاء بن أبي رباح، أنه قال: كان القضاء الأول لا يقبل إلا شاهدان، فأول من قضى باليمين مع الشاهد عبد الملك، اهـ.

وترجم البخاري في «صحيحه» «باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود»، وقال النبي ﷺ: شاهداك أو يمينه، وعن ابن شبرمة كلّمني

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٩٣).

(٢) أي على اختلاف عنه.

١٤٣٠/ ٥ ـ قَالَ يَحْيَىٰ: قَالَ مَالِكٌ، عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ....

أبو الزناد في شهادة الشاهد ويمين المدعي، فقلت: قال تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ﴾ الآية، فإذا كان يكتفي بشهادة شاهد ويمين المدعي، فما يحتاج أن تذكر إحداهما الأخرى ما يصنع بذكر هذه الأخرى.

وبسط الحافظان[1] ابن حجر والعيني في مرجحات ما اختاراه، والرد على مخالفهما بما يليق بشأنهما من البسط والتفصيل، الذي لا يسعه هذا المختصر.

وفي «الدر المختار»: واليمين لا ترد على مدعٍ، لحديث: «البينة على المدعي»، وحديث «الشاهد واليمين» ضعيف، بل رَدَّه ابنُ معين، بل أنكره الراوي «عيني» اهـ.

١٤٣٠/ ٥ ـ **(مالك عن جعفر)** الصادق **(ابن محمد)** الباقر **(عن أبيه)** محمد بن علي بن الحسين **(أن رسول الله ﷺ)** قال ابن عبد البر: مرسل في «الموطأ»، ورواه عن مالك جماعة، فوصلوه عن جابر، منهم عثمان بن خالد العثماني وإسماعيل بن موسى الكوفي، ورواه عن مالك أيضاً محمد بن عبد الرحمن بن روّاد ومسكين بن بكير، فوصلاه عن علي، وقد أسنده عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر جماعة حفاظ؛ منهم عبيد الله بن عمر، وعبد الوهاب الثقفي، ومحمد بن عبد الرحمن بن روّاد، ويحيى بن سليم، وإبراهيم بن أبي حية، قال السيوطي في «التنوير»[2]: أخرجه الترمذي وابن ماجه من طريق عبد الوهاب به، اهـ.

---

(١) انظر «فتح الباري» (٥/ ٢٨٢) و«عمدة القاري» (٩/ ٥٤٦، ٥٤٧).

(٢) «تنوير الحوالك» (ص٥٤٢).

قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ.

أخرجه مسلم من حديث ابن عباس. في: ٣٠ ـ كتاب الأقضية، ٢ ـ باب القضاء باليمين والشاهد، حديث ٣.

(قضى باليمين مع الشاهد) أي قضى بيمين المدعي مع شاهد واحد، زاد ابن أبي شيبة من طريق سفيان عن جعفر قال: قضى به علي ـ رضي الله عنه ـ بين أظهركم، وللبيهقي عن جعفر بن محمد عن أبيه أنه ﷺ وأبو بكر وعمر وعثمان كانوا يقضون بشهادة الواحد، ويمين المدعي، كذا في «المحلى».

قلت: وقال البيهقي[١] بعد ذلك: الرواية فيه عن أبي بكر وعمر وعثمان ضعيفة، وهي عن علي وأبي بن كعب مشهورة، اهـ.

وقال ابن التركماني: من نظر في الرواية عنهما عرف أنها عنهما أيضاً ضعيفة، اهـ.

قال الباجي[٢]: قوله: قضى باليمين تحتمل معنيين، **أحدهما**: أنه لصحة ذلك، **والثاني**: أنه أنفذ القضاء بهما. وعلى هذا عمل الحجاز، وبه قال مالك والشافعي.

فإن قيل: يحتمل أن يكون النبي ﷺ إنما حكم في ذلك بشهادة خزيمة بن ثابت، الذي جعل النبي ﷺ شهادته وحده شهادة اثنين، فالجواب أنه لا يصحُّ هذا، لأن النبي ﷺ لم يجعل شهادته لغيره كشهادة اثنين، وهذا إذا ثبت حكم اختص بالنبي ﷺ كما اختص في أن يكون الحاكم، ويسمع البينات فيما ادّعى عليه.

يبين ذلك أن ما يشيرون إليه لم يشهد فيه خزيمة بن ثابت للنبي ﷺ بأمر شاهده، وإنما شهد له بما سمع منه لعلمه بصدقه، وهذا لا خلاف في أنه لا

---

(١) «السنن الكبرى» (١٠/ ١٧٢).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٢٠٨).

٦/١٤٣١ ـ وَعَنْ مَالِكٍ، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ كَتَبَ إِلَى عَبْدِ الْحَمِيدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ بْنِ زَيْدِ بْنِ الْخَطَّابِ، وَهُوَ عَامِلٌ عَلَى الْكُوفَةِ: ....

يتعدى إلى غير النبي ﷺ، ولأن من يخالفنا في هذه المسألة لا يقول: إن النبي ﷺ حلف مع شاهد خزيمة.

وجواب ثانٍ، وهو أنا لو سلمنا أن شهادة خزيمة تتعدى إلى غير النبي ﷺ لم يجز أن يقال: إنه المراد بالحديث الذي احتججنا به، لأنه إن كان النبي ﷺ جعل شهادته شهادة شاهدين، فلا معنى لليمين، فإن قيل: يحتمل أن يكون النبي ﷺ قضى بيمين المطلوب مع شهادة المدعي، فتبين بذلك أن لا تأثير لشهادته، فالجواب أن قوله: «قضى باليمين مع الشاهد» يفيد كونهما مما قضى به، وأن يكون قضى بكل واحد منهما، ولو كان ما قلتموه لقال: قضى باليمين مع وجود الشاهد أو قضى باليمين وردِّ الشاهد.

وجواب ثانٍ، وهو أن قوله: «باليمين مع الشاهد» ظاهره أنهما من جنبة واحدة، وعلى ما يتأولونه اليمين في غير جنبة الشاهد، فلا يقال فيها: إنها معه، بل هي ناقضة له ومبطلة لشهادته، اهـ.

٦/١٤٣١ ـ **(مالك عن أبي الزناد)** عبد الله بن ذكوان، زاد في النسخ الهندية بعد ذلك عن الأعرج، وليست هذه الزيادة في النسخ المصرية، لا في المتون، ولا الشروح، والأعرج هو عبد الرحمن بن هرمز، وأخرجه البيهقي[1] برواية الشافعي عن مالك، وبرواية محمد بن عجلان عن أبي الزناد بدون الزيادة **(أن عمر بن عبد العزيز)** الإمام العادل الشهير **(كتب إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب)** العدوي أبو عمر المدني **(وهو)** أي عبد الحميد **(عامل)** أي أمير **(على الكوفة)** استعمله عليها عمر بن عبد العزيز،

---

(١) «السنن الكبرى» (١٠/ ١٣٧).

أَنِ اقْضِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ.

٧/١٤٣٢ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ، أَنَّهُ بَلَغَهُ؛ أَنَّ أَبَا سَلَمَةَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ سُئِلَا: هَلْ يُقْضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ؟ فَقَالَا: نَعَمْ.

ثقة من رواة الستة، ومات بحرّان في خلافة هشام **(أن اقض)** بصيغة الأمر **(باليمين مع الشاهد)** الواحد، زاد ابن أبي شيبة: قال أبو الزناد: أخبرني شيخٌ من مشيختهم أن شريحاً قضى بذلك، كذا في «المحلى».

ولفظ البيهقي برواية محمد بن عجلان عن أبي الزناد بلفظ «أن اقض باليمين مع الشاهد فإنها السنة، قال أبو الزناد: فقام رجل من كبرائهم فقال: أشهد أن شريحاً قضى بهذا في هذا المسجد» قال الباجي: وما رواه عن عمر بن عبد العزيز وأبي سلمة وسليمان في تصحيح القضاء باليمين مع الشاهد، والأمر بذلك إظهارٌ لاتفاق علماء المدينة وأئمتهم وأعلامهم على الحكم بذلك، اهـ.

وما حكي من الاتفاق من أهل المدينة مشكلٌ، بعد ما تقدم من اختلاف بعض أهل المدينة في ذلك لا سيما من خلاف الزهري الذي يقال: هو أعلم بالحديث في أهل المدينة، وفي «الجوهر النقي»: روي عن عمر بن عبد العزيز الرجوع إلى ترك القضاء به.

٧/١٤٣٢ ـ **(مالك أنه بلغه أن أبا سلمة بن عبد الرحمن)** بن عوف الزهري **(وسليمان بن يسار)** الهلالي الفقيه الشهير **(سُئِلَا)** ببناء المجهول **(هل يقضى)** ببناء المجهول **(باليمين مع الشاهد فقالا: نعم)** وبسط البيهقي وصاحب «الجوهر النقي»[1] في الآثار عمن قال بذلك وعمن لم يقل به.

---

(١) انظر: هامش «السنن الكبرى» (١٠/ ١٧٢).

قَالَ مَالِكٌ: مَضَتِ السُّنَّةُ فِي الْقَضَاءِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ. يَحْلِفُ صَاحِبُ الْحَقِّ مَعَ شَاهِدِهِ. وَيَسْتَحِقُّ حَقَّهُ. فَإِنْ نَكَلَ وَأَبَىٰ أَنْ يَحْلِفَ، أُحْلِفَ الْمَطْلُوبُ. فَإِنْ حَلَفَ سَقَطَ عَنْهُ ذٰلِكَ الْحَقُّ. وَإِنْ أَبَىٰ أَنْ يَحْلِفَ ثَبَتَ عَلَيْهِ الْحَقُّ لِصَاحِبِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا يَكُونُ ذٰلِكَ فِي الْأَمْوَالِ خَاصَّةً. ....

(قال مالك: مضت السنة) في المدينة المنوّرة **(في القضاء باليمين مع الشاهد الواحد)** في الأموال خاصة، وصورته أن **(يحلف صاحب الحق)** أي المدعي **(مع شاهده)** الواحد **(ويستحق)** بعد ذلك **(حقه)**الذي ادعى به **(فإن نكل)** المدعي **(وأبى)** عطف تفسير **(أن يحلف)** أي لا يحلف المدعي **(أُحلِفَ)** ببناء المجهول **(المطلوبُ)** أي المدعى عليه **(فإن حلف)** المطلوب **(سقط عنه ذلك الحق)** الذي ادّعى به الطالب **(وإن أبى)** المطلوب **(أن يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه)** أي للمدعي.

قال الموفق[1]: قال أحمد: مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد، فإن أبى أن يَحْلِفَ استُحْلِف المطلوبُ، وهذا قول مالك، ويروى عن أحمد، فإن أبى المطلوب أن يحلف ثبت الحق عليه، اهـ.

وبسط الباجي[2] في فروع هذا الباب بما لا مزيد عليه. فقال: وهذا كما قال: إن صاحب الحق يحلف مع الشاهد، ويستحق حقه إذا كان ممن يقتطع الحقوق بيمينه، وذلك أن المشهود له على ضربين، معين، وغير معين، فإن كان معيناً، فعلى ضربين: غير مولى عليه، ومولى إلى آخر ما بسط.

(قال مالك: وإنما يكون ذلك) أي الاستحقاق باليمين والشاهد **(في الأموال خاصة)** كما تقدم في كلام الموفق مبسوطاً، قال الزرقاني: وذلك

---

(١) «المغني» (١٤/ ١٣٢).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٢٠٩ ـ ٢١٦).

وَلَا يَقَعُ ذٰلِكَ فِي شَيْءٍ مِنَ الْحُدُودِ. وَلَا فِي نِكَاحٍ وَلَا فِي طَلَاقٍ. وَلَا فِي عَتَاقَةٍ وَلَا فِي سَرِقَةٍ، ....

بإجماع القائلين باليمين مع الشاهد، وجزم به عمرو بن دينار راوي حديث ابن عباس، قاله أبو عمر، اهـ.

وفي «المحلى»: أما إذا كانت الدعوى في غير الأموال، فلا يقبل شاهد ويمين بالاتفاق، واحتج لذلك بما زاد الشافعي لفظ في الأموال عقب حديث أنه ﷺ قضى بشاهد ويمين، اهـ.

(ولا يقع ذلك) أي القضاء باليمين والشاهد **(في شيء من الحدود)** فلا تثبت إلا بشاهدين، وتقدم ما قال الموفق: إن العقوبات وهي الحدود والقصاص، فلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين إلا ما روي عن عطاء وحماد أنهما قالا: يقبل فيه رجل وامرأتان قياساً على الشهادة في الأموال.

ولنا، أن هذا مما يحتاط لدرئه وإسقاطه، ولذا يندرىء بالشبهات، وفي شهادة النساء شبهةٌ بدليل قوله تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا﴾ الآية إلى أن قال: وإذا لم تثبت بشهادة رجل وامرأتين، فلأن لا يثبت بشهادة واحد ويمين أولى، اهـ.

(ولا في نكاح) فلا يثبت النكاح بشاهد واحد ويمين المدعي **(ولا في طلاق ولا في عتاقة)** سيأتي بيانه واضحاً **(ولا في سرقة)** قال الموفق(١): إذا ادّعى على رجل أنه سرق نصاباً من حِرْز، وأقام بذلك شاهداً، وحلف معه، وجب له المال المشهود به، إن كان باقياً أو قيمته إن كان تالفاً، ولا يجب القطع لأن هذه حجة في المال دون القطع، وإن ادّعى على رجل أنه قتل وليه عمداً، فأقام شاهداً، وحلف معه، لم يثبت قصاص ولا دية.

والفرق بين المسألتين أن السرقة توجب القطع والغرم معاً، فإذا لم يثبت

---

(١) «المغني» (١٤/ ١٣٣).

وَلَا فِي فِرْيَةٍ. فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: فَإِنَّ الْعَتَاقَةَ مِنَ الْأَمْوَالِ، فَقَدْ أَخْطَأَ. لَيْسَ ذٰلِكَ عَلَى مَا قَالَ. وَلَوْ كَانَ ذٰلِكَ عَلَى مَا قَالَ، لَحَلَفَ الْعَبْدُ مَعَ شَاهِدِهِ إِذَا جَاءَ بِشَاهِدٍ، أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ، ....

أحدهما ثبت الآخر، والقتل العمد موجبه القصاص عيناً في إحدى الروايتين، والدية بدل عنه، ولا يجب البدل ما لم يوجد المبدل، وفي الرواية الأخرى الواجب أحدهما، لا بعينه، فلا يجوز أن يتعين أحدهما إلا بالاختيار أو التعذر، ولم يوجد واحد منهما، وقال ابن أبي موسى: لا يجب المال في السرقة أيضاً؛ لأنها شهادة على فعل يوجب الحد والمال، فإذا بطلت في إحداهما بطلت في الأخرى، والأول أولى لما ذكرنا، اهـ.

وقال الباجي[1]: إن شهد شاهد أنه سرق لم يقطع يده، ويحلف صاحب المتاع مع شاهده، ويستحق رد ما سرق منه، اهـ.

(ولا في فرية) بفتح الفاء وكسر الراء وشدِّ الياء، كذا ضبط بالقلم في نسخة صحيحة، والذي في اللغة الفرية بالكسر والسكون: الكذب، قاله الزرقاني. قال الباجي: الفرية وهي القذف بالزنا لا تثبت على القاذف بشاهد ويمين.

(فإن قال قائل: فإن العتاقة) تعدّ **(من الأموال)** فلا بد أن تثبت بشاهد ويمين **(فقد أخطأ)** هذا القائل لأنه **(ليس ذلك على ما قال)** وليس هذا من الأموال **(ولو كان ذلك على ما قال)** هذا القائل **(يحلف)**، وفي نسخة «لحلف» أي لجاز أن يحلف **(العبد مع شاهده)** الواحد **(إذا جاء)** العبد **(بشاهد واحد)** على **(أن سيده أعتقه)**.

قال الباجي: وهذا الذي قاله مبنيّ على بيان معنى قولنا: الشهادة على الأموال، وذلك أن الشهادة على المال هي الشهادة بطلب مال يخرج من متمول

---

(١) «المنتقى» (٩/ ٢١٦).

وَأَنَّ الْعَبْدَ إِذَا جَاءَ بِشَاهِدٍ عَلَى مَالٍ مِنَ الْأَمْوَالِ ادَّعَاهُ، حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ وَاسْتَحَقَّ حَقَّهُ كَمَا يَحْلِفُ الْحُرُّ.

قَالَ مَالِكٌ: فَالسُّنَّةُ عِنْدَنَا أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا جَاءَ بِشَاهِدٍ عَلَى عَتَاقَتِهِ اسْتُحْلِفَ سَيِّدُهُ مَا أَعْتَقَهُ. وَبَطَلَ ذٰلِكَ عَنْهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَكَذٰلِكَ السُّنَّةُ عِنْدَنَا أَيْضاً فِي الطَّلَاقِ. إِذَا جَاءَتِ الْمَرْأَةُ بِشَاهِدٍ أَنْ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا. ....

له إلى متمول آخر، وليس هذا حكم الشهادة على العتاقة، لأنها بالعتاقة، لا تخرج إلى متملك، اهـ.

وتقدم في كلام الموفق أن ذلك هو مذهب الشافعي والمعمول به في مذهب الحنابلة خلافاً لما حكى الخرقي من نص الإمام أحمد أن العبد يعتق في هذه الصورة.

(وأن العبد إذا جاء بشاهد) واحد **(على مال من الأموال ادّعاه)** العبد **(حلف)** العبد **(مع شاهده)** الواحد **(واستحق حقه)** أي يأخذ هذا المال الذي ادعاه **(كما يحلف الحر)** مع الشاهد فلا فرق في استحقاق المال بشاهد ويمين بين الحر والعبد.

(قال مالك: فالسنّة عندنا أن العبد إذا جاء بشاهد) واحد **(على عتاقته)** وحلف العبد على ذلك مع الشاهد الواحد لم يعتبر بذلك كما مضى قريباً بل **(استحلف)** ببناء المجهول **(سيده)** على أنه **(ما أعتقه)** لأن السيد منكر للعتق والبينة للعبد إذا لم تعتبر فاليمين على من أنكر بالأصل المعروف المجمع عليه، **(وبطل ذلك)** أي العتق **(عنه)** أي عن العبد بعد حلف السيد.

(قال مالك: وكذلك السنّة أيضاً عندنا في الطلاق) وتوضيحه أنه **(إذا جاءت المرأة)** أو غيرها **(بشاهد)** واحد على **(أن زوجها طلقها)** وحلف المدعي على ذلك مع الشاهد الواحد لا يعتبر بهذا، بل تردُّ هذه البينةُ، وإذا ردّت البينة

أُحْلِفَ زَوْجُهَا مَا طَلَّقَهَا. فَإِذَا حَلَفَ لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ.

قَالَ مَالِكٌ: فَسُنَّةُ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقَةِ فِي الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ وَاحِدَةٌ. إِنَّمَا يَكُونُ الْيَمِينُ عَلَى زَوْجِ الْمَرْأَةِ. وَعَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ. وَإِنَّمَا الْعَتَاقَةُ حَدٌّ مِنَ الْحُدُودِ. ....

ولم تبق البينة له (**أُحلِفَ**) ببناء المجهول (**زوجها**) على أنه (**ما طلقها**) لأنه منكرٌ للطلاق، واليمين على من أنكر (**فإذا حلف**) الزوج أنه ما طلّقها (**لم يقع عليه الطلاقُ**) وبطل دعواها.

(**قال مالك: فسُنَّةُ الطلاق والعتاقة في**) اعتبار (**الشاهد الواحد**) مع يمين المدعي (**واحدةٌ**)، وهي أنه لا عبرة فيهما للشاهد واليمين (**وإنما يكون**) فيهما (**اليمين على زوج المرأة**) لكونه منكر الطلاق (**وعلى سيد العبد**) لكونه منكر العتاق.

قال الزرقاني تبعاً للباجي: فإن نكلا أي الزوج والسيد حُبِسَا، كما رجع إليه مالك، واختاره ابن القاسم والأكثر، وكان يقول: أولاً تطلق الزوجة بنكول الزوج، ويعتق العبد بنكول السيد، وبه قال أشهب، وهو ظاهر قوله ههنا، إذا حلف لم يقع عليه الطلاق، وعلى المذهب فقال مالك: يحبس أبداً حتى يحلف، واختاره سحنون، وقال ابن القاسم: إن طال حبسه خُلِّي عنه، والطول سَنَةٌ، لأن السنة مدة في الشرع لمعانٍ من الاختبار، كالعنّة وغيرها، وروي عن ابن نافع يسجن، ويضرب له أجل الإيلاء، فإذا انقضى طلق عليه بعد ذلك، انتهى بزيادة.

ثُم بيَّن وجه عدم عبرة اليمين مع الشاهد في العتاقة فقال: (**وإنما العتاقة حَدٌّ من الحدود**) أي من حدود الله تعالى، قال الباجي: يريد أنه يتعلق بها حق لله تعالى، ولذلك لو اتفق السيد والعبد على إبطال العتق لم يكن لهما، وقد ذكر الله تعالى الطلاق، فقال: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ إلى أن قال: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَاۚ﴾ فوصف الطلاق وما ذكر معه بأنه من حدود الله، اهـ.

لَا تَجُوزُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ. ....

فكذلك العتاقة أيضاً حد من حدود الله **(و)** لهذا **(لا يجوز فيها)** أي العتاقة **(شهادة النساء)** أيضاً فضلاً عن شهادة الواحد واليمين، قال الباجي[(١)]: يريد لا ينفذ العتق، والطلاق بشهادة النساء.

قال الموفق[(٢)]: وما ليس بعقوبة كالنكاح، والرجعة، والطلاق، والعتاق، والإيلاء، والظهار، والنسب، والتوكيل، والوصية إليه، والولاء، والكتابة، وأشباه هذا، فقال القاضي: المعول عليه في المذهب أن هذا لا يثبت إلا بشاهدين ذَكَرين، ولا تقبل فيه شهادةُ النساء بحالٍ، وقد نصَّ أحمد في رواية الجماعة على أنه لا تجوز فيه شهادة النساء في النكاح والطلاق، وقد نقل عن أحمد في الوكالة: إن كانت بمطالبة دين يعني تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين، فأما غير ذلك فلا، قال القاضي: فيخرج منه أن النكاح وحقوقه من الرجعة وشبهها لا تقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة، وما عداه يخرج على روايتين، وقال أبو الخطاب، يخرج في النكاح والعتاق أيضاً روايتان؛ **إحداهما**: لا تقبل فيه إلا شهادة رجلين، وهو قول النخعي والزهري ومالك وأهل المدينة والشافعي، وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وربيعة في الطلاق.

والرواية الثانية: تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين، روي ذلك عن جابر بن زيد وإياس بن معاوية والشعبي والثوري وإسحق وأصحاب الرأي، وروي ذلك في النكاح عن عطاء، واحتجوا بأنه لا يسقط بالشبهة، فيثبت برجل وامرأتين كالمال، ولنا أنه ليس بمال، ولا المقصود منه المال، ويطلع عليه الرجال فلم يكن للنساء في شهادته مدخل، كالحدود والقصاص، اهـ.

وفي «الهداية»[(٣)]: الشهادة على مراتب: منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها

(١) «المنتقى» (٥/٢١٨).

(٢) «المغني» (١٤/١٢٧).

(٣) (٥/٥١٧).

لِأَنَّهُ إِذَا عَتَقَ الْعَبْدُ ثَبَتَتْ حُرْمَتُهُ. وَوَقَعَتْ لَهُ الْحُدُودُ. وَوَقَعَتْ عَلَيْهِ.

أربعة من الرجال، ولا يقبل فيها شهادة النساء، لحديث[١] الزهري «مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص»، ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين، ولا يقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا.

وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، سواء كان الحق مالاً أو غير مال، كالنكاح والطلاق والوكالة ونحو ذلك، وقال الشافعي: لا يقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها، لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية، فإنها لا تصلح للإمارة، ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلا أنها قبلت في الأموال ضرورة، والنكاح أعظم خطراً، وأقل وقوعاً، فلا يلتحق بما هو أدنى خطراً وأكثر وجوداً.

ولنا أن الأصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه أهلية الشهادة، وهو المشاهدة والضبط والأداء، إذ بالأول يحصل العلم للشاهد، وبالثاني يبقى العلم، وبالثالث يحصل العلم للقاضي، ولهذا يقبل إخبارها في الأخبار، ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى إليها، فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة، فلهذا لا تقبل فيما يندرىء بالشبهات، وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات، وعدم قبول الأربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن، اهـ.

(لأنه) دليل لكونه من حدود الله وحرماته **(إذا عتق العبد ثبتت حرمته)** عند الله عزّ وجلّ، قال الباجي: يريد ثبتت له حرمة الحرية فتكمل ديته دية الحر، ويثبت القصاص بينه وبين الحر في النفس والأطراف **(ووقعت له الحدود)** يعني من قذفه مع العفة حُدَّ حدَّ القذف **(ووقعت عليه)** الحدود كالحر الأصلي من حد الزناء والشرب وغيرهما.

---

(١) انظر: «نصب الراية» (٤/ ٧٩).

وَإِنْ زَنَىٰ وَقَدْ أُحْصِنَ رُجِمَ. وَإِنْ قَتَلَ الْعَبْدَ قُتِلَ بِهِ. وَثَبَتَ لَهُ الْمِيرَاثُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ يُوَارِثُهُ. فَإِنِ احْتَجَّ مُحْتَجٌّ فَقَالَ: لَوْ أَنَّ رَجُلاً

ذكر بعض أمثلة الحدود عليه، فقال: **(وإن زنى)** بعد الحرية **(وقد أحصن)** ببناء المجهول **(رجم)** جزاءٌ لقوله: وإن زنى **(وإن قتل قتل به)** هكذا في النسخ الهندية، وأكثر المصرية، وبيانه عندي أن الفعلين مجهولان، ومعناه أن هذا الذي عتق إن قتله أحد بعد ذلك قتل به القاتل، وأما قبل العتق فإن قتله حر لا يقتل به، وهذا مبنيٌّ على مذهب الإمام مالك ومن معه بخلاف الحنفية وغيرهم.

قال ابن رشد[1]: قال مالك والشافعي وأحمد: لا يقتل الحر بالعبد، وقال أبو حنيفة وأصحابه: يقتل الحر بالعبد إلا عبد نفسه، وقال قوم: يقتل الحر بالعبد، سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل، وبه قال النخعي، اهـ.

وعلى هذا فمعناه واضح أن قبل العتق لا يقتل به قاتله الحر.

وأما بعد العتق فيقتل به، وفي بعض النسخ المصرية محله «وإن قتل العبد قتل به»، فزاد لفظ العبد، والأولى حذفه.

وأوّله الزرقاني[2]، فقال: وإن قتل العبد الذي تحرر قتل به قاتله، اهـ، وعلى هذا أيضاً الفعلان مجهولان وضبط بالقلم في بعض النسخ المصرية العبد بالنصب والفعل الأول ببناء الفاعل، وهو تصحيف من الناسخ على الظاهر. **(وثبت له الميراث)** بعد العتق **(بينه وبين من يوارثه)** أي من يجعله وارثاً من أهل المواريث.

(فإن احتج محتجٌ) أي إن استدل أحد بالفرع الآتي بيانه على أن شهادة النساء تعتبر في العتق وغيره **(فقال)** هذا المستدل في استدلاله **(لو أن رجلاً)** أي

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٣٩٨).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٩١).

أَعْتَقَ عَبْدَهُ. وَجَاءَ رَجُلٌ يَطْلُبُ سَيِّدَ الْعَبْدِ بِدَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ، فَشَهِدَ لَهُ عَلَى حَقِّهِ ذَلِكَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ. فَإِنَّ ذٰلِكَ يُثْبِتُ الْحَقَّ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ. حَتَّى تُرَدَّ بِهِ عَتَاقَتُهُ. إِذَا لَمْ يَكُنْ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ مَالٌ غَيْرُ الْعَبْدِ. يُرِيدُ أَنْ يُجِيزَ بِذٰلِكَ شَهَادَةَ النِّسَاءِ فِي الْعَتَاقَةِ. فَإِنَّ ذٰلِكَ لَيْسَ عَلَى مَا قَالَ. ....

زيداً مثلاً (**أعتق عبده وجاء**) بعد ذلك (**رجل**) آخر، وهو عمرو مثلاً (**يطلب سيد العبد**) أي يطلب عمرو زيداً (**بدين له**) أي لعمرو (**عليه**) أي على زيد (**فشهد له**) أي عمرو (**على حقه ذلك**) أي على دينه على زيد (**رجل وامرأتان فإن**) بـ(**ذلك**) الشاهد الواحد مع اليمين (**يثبت الحق**) لعمرو (**على سيد العبد**) أي على زيد، وإذا ثبت بالشهادة المذكورة الدينُ على زيد قبل العتق بطل عتقه (**حتى ترد**) وتبطل (**به عتاقته**) أي إعتاق زيد عبده (**إذا لم يكن لسيد العبد**) أي لزيد (**مال غير العبد**) المذكور الذي عتق.

قال الباجي[1]: لأن عتق الرجل عبده، وعليه دين يحيط بماله والعبد غير جائز، سواء كان عتقه واجباً أو تطوعاً؛ لأنه ليس له إتلاف أموال الناس بأداء الكفارة منها أو عتق تطوع، اهـ.

قلت: وهذا مبنيٌّ على مسلك الإمام مالك ـ رضي الله عنه ـ ومن وافقه في ذلك، والمسألة خلافيّة تقدمت في كتاب العتق، ومذهب الحنفية، ومن وافقهم في ذلك جواز عتق المديون (**يريد**) هذا المحتجُّ الذي احتجَّ بالفرع المذكور (**أن يُجِيزَ بذلك**) الاحتجاج أي يُثْبِت بدليله المذكور جوازَ (**شهادة النساء في العتاقة**) أيضاً، فإن في الفرع المذكور دليلاً على عبرة شهادتهن في العتق، إذ ردّ العتق بشهادتهن.

قال مالك رداً على المحتجِّ المذكور: (**فإن ذلك**) الاحتجاج (**ليس على ما قال**) المحتج المذكور، لأن رد العتاقة ليس بشهادة النساء، بل بثبوت الدَّيْنِ

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢١٩).

وَإِنَّمَا مَثَلُ ذٰلِكَ، الرَّجُلُ يُعْتِقُ عَبْدَهُ. ثُمَّ يَأْتِي طَالِبُ الْحَقِّ عَلَىٰ سَيِّدِهِ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ. فَيَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ. ثُمَّ يَسْتَحِقُّ حَقَّهُ. وَتُرَدُّ بِذٰلِكَ عَتَاقَةُ الْعَبْدِ. أَوْ يَأْتِي الرَّجُلُ قَدْ كَانَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِ الْعَبْدِ مُخَالَطَةٌ وَمُلَابَسَةٌ. ....

على زيد، وإن لزم منه مآلاً ردُّ العتق، ومعلوم أن لزوم الشيء غير التزامه، فإن في الفقه فروعاً كثيرة في أن الشيء قد يثبت لزوماً وتبعاً، ولا يثبت أصلاً وقصداً.

ثم ذكر المصنف نظائر أخر عديدة لهذا المعنى الذي ذكر من أن شهادة النساء قد تثبت أشياء تبعاً، ولا تُثْبتُها أصالة، وقد عرفت مما سبق قريباً أن هذه الفروع كلها تشكل على الذين قالوا: إن شهادة النساء تثبت المال فقط، وأما الحنفية الذين قالوا: تثبت بها الحقوق كلها غير الحدود، فلا يشكل عليهم شيء من ذلك.

فقال: **(وإنما مثل ذلك)** أي نظير الفرع المذكور من الفرق بين إثبات الشيء بشيء أصالة، ولزومه به تبعاً **(الرجل يعتق عبده، ثم يأتي)** رجل آخر **(طالب الحق على سيده)** أي على سيد العبد فيثبت هذا الطالب حقه **(بشاهد واحد)** على حقه **(فيحلف مع شاهده)** فيقبل القاضي دعواه، ويقضي له بشاهد ويمين **(ثم يستحق حقه)** بقضاء القاضي **(ويرد بذلك عتاقة العبد)** لثبوت الدين على السيد بشاهد ويمين لكون الدين مالاً، ولزم منه رد العتاقة، مع أن العتاقة لا ترد بشاهد ويمين، وشهادة الواحد واليمين أدنى حالاً من شهادة رجل وامرأتين، ومع ذلك صار منجرّاً إلى رد العتاقة، فينجرّ إليه شهادة رجل وامرأتين أولى.

(أو يأتي الرجل) عمرو مثلاً **(قد كانت)** كذا في النسخ المصرية، وهو الصواب، ووقع في النسخ الهندية بدله كاتب، والظاهر أنه تحريف **(بينه)** أي بين عمرو **(وبين سيد العبد)** أي وهو زيد مثلاً **(مخالطة وملابسة)** في الأموال،

فَيَزْعُمُ أَنَّ لَهُ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ مَالًا . فَيُقَالُ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ: احْلِفْ مَا عَلَيْكَ مَا ادَّعَى. فَإِنْ نَكَلَ وَأَبَىٰ أَنْ يَحْلِفَ، حُلِّفَ صَاحِبُ الْحَقِّ. وَثَبَتَ حَقُّهُ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ. فَيَكُونُ ذٰلِكَ يَرُدُّ عَتَاقَةَ الْعَبْدِ. إِذَا ثَبَتَ الْمَالُ عَلَى سَيِّدِهِ.

قَالَ: وَكَذٰلِكَ أَيْضاً الرَّجُلُ ....

وكون المخالطة والملابسة بينهما شرط، كما سيأتي بيانه في باب القضاء في الدعوى **(فيزعم)** عمرو **(أن له على سيد العبد)** زيد **(مالاً)** وليس عنده شاهد **(فيقال لسيد العبد)** أي لزيد: **(احلف ما عليك ما ادّعى)** أي لا يجب عليك ما ادّعى عمرو، فإن حلف زيد بريء عما ادّعاه عليه عمرو، **(فإن نكل)** زيد **(وأبى أن يحلف)** عطف تفسير لقوله: نكل **(حلف صاحب الحق)** أي عمرو على ما ادعاه، **(وثبت حقه)** أي حق عمرو المدعي **(على سيد العبد)** زيد **(فيكون ذلك)** أي نكول زيد وحلف عمرو **(يرد عتاقة العبد)** مآلاً **(إذا ثبت المال)** لعمرو **(على سيده)** أي سيد العبد زيد، ولم يكن له مال غير العبد المذكور؛ لما تقدم أن عتق المديون لا ينفذ عند مالك.

قال الباجي[1]: أما قوله: إن العتق يُرَدُّ بنكول السيد عن اليمين، فهو قول مالك في «الموطأ»، وكذلك وقع في «العتبية» و «المجموعة»، وفي «كتاب ابن مزين» عن ابن القاسم: لا تُرَدُّ بذلك عتاقة العبد، زاد أبو محمد في روايته، ولا بإقراره إن أقر أن عليه ديناً. وجه ذلك أن النكول من فعله، فليس له أن يرقَّ به العبد؛ لأنه رجوع في عتقه كإقراره بالدين، اهـ. وهذا الفرع أيضاً مبنيٌّ على ما اختاره الإمام مالك من أن عتق المديون لا ينفذ وما ذكر فيه من رد الحلف على المدعي سيأتي بيانه قريباً في آخر هذا الباب.

(قال) مالك: **(وكذلك أيضاً)** أي مثل الفروع المذكورة **(الرجل)** أي زيد

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢١٩).

يَنْكِحُ الْأَمَةَ. فَتَكُونُ امْرَأَتَهُ. فَيَأْتِي سَيِّدُ الْأَمَةِ إِلَى الرَّجُلِ الَّذِي تَزَوَّجَهَا فَيَقُولُ: ابْتَعْتَ مِنِّي جَارِيَتِي فُلَانَةَ. أَنْتَ وَفُلَانٌ بِكَذَا وَكَذَا دِينَاراً. فَيُنْكِرُ ذٰلِكَ زَوْجُ الْأَمَةِ. فَيَأْتِي سَيِّدُ الْأَمَةِ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ. فَيَشْهَدُونَ عَلَى مَا قَالَ. فَيَثْبُتُ بَيْعُهُ. وَيَحِقُّ حَقُّهُ. وَتَحْرُمُ الْأَمَةُ عَلَى زَوْجِهَا. وَيَكُونُ ذٰلِكَ فِرَاقاً بَيْنَهُمَا. وَشَهَادَةُ النِّسَاءِ لَا تَجُوزُ فِي الطَّلَاقِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِنْ ذٰلِكَ أَيْضاً، الرَّجُلُ يَفْتَرِي عَلَى الرَّجُلِ الْحُرِّ، فَيَقَعُ عَلَيْهِ الْحَدُّ. ....

مثلاً **(ينكح الأمة)** أي يتزوج أمة عمرو مثلاً **(فتكون)** الأمة **(امرأته)** أي زوجة زيد **(فيأتي سيد الأمة)** عمرو **(إلى الرجل الذي تزوجها)** أي إلى زيد **(فيقول له)** ويدعي أنك **(ابتعت)** بصيغة الخطاب أي اشتريت **(مني جاريتي فلانة)** يعني زوجة زيد **(أنت وفلان)** رجل ثالث **(بكذا وكذا ديناراً)** سماها **(فينكر ذلك)** الشراء **(زوج الأمة)** زيد **(فيأتي سيد الأمة)** عمرو **(برجل وامرأتين فيشهدون على ما قال)** عمرو من دعوى الشراء **(فيثبت)** بتلك الشهادة **(بيعه)** أي بيع عمرو جاريته **(ويحق حقه)** أي يثبت بتلك الشهادة ثمن الجارية على زيد ورجل آخر **(وتحرم الأمة)** حينئذٍ **(على زوجها)** زيد لثبوت ملكه نصف الجارية **(ويكون ذلك)** أي ثبوت الملك **(فراقاً بينهما)** أي بين زيد وزوجته، لأن الملك يفسخ النكاح.

(و) معلوم أن **(شهادة النساء لا تجوز في الطلاق)** ومع ذلك جازت ههنا في الفرقة، لأنها كانت أصالة في المال، وهو ثبوت قيمة الجارية على زيد وشريكه، ثم انجرت إلى الفراق تبعاً.

(قال مالك: ومن ذلك) القبيل **(أيضاً الرجل)** زيد مثلاً **(يفتري على الرجل الحر)** أي على عمرو مثلاً فيرميه بالزنا، ثم لا يقدر على أن يثبت الزنا بالبينة **(فيقع عليه)** أي على زيد **(الحد)** أي حدُّ الفِرية إذ لم يقدر على أن يثبت زنا

فَيَأْتِي رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فَيَشْهَدُونَ أَنَّ الَّذِي افْتُرِيَ عَلَيْهِ عَبْدٌ مَمْلُوكٌ. فَيَضَعُ ذٰلِكَ الْحَدَّ عَنِ الْمُفْتَرِي بَعْدَ أَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ. وَشَهَادَةُ النِّسَاءِ لَا تَجُوزُ فِي الْفِرْيَةِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِمَّا يُشْبِهُ ذٰلِكَ أَيْضاً مِمَّا يَفْتَرِقُ فِيهِ الْقَضَاءُ، وَمَا مَضَى مِنَ السُّنَّةِ، أَنَّ الْمَرْأَتَيْنِ يَشْهَدَانِ عَلَى اسْتِهْلَالِ الصَّبِيِّ. ....

عمرو بالبينة، فيجب لذلك على زيد حد الفرية **(فيأتي رجل وامرأتان فيشهدون أن الذي افترِي عليه)** ببناء المجهول وهو عمرو **(عبد مملوك)** خبر أن **(فيضع** كذا في المصرية، وفي الهندية: فيوضع **(ذلك)** أي يسقط بتلك الشهادة **(الحدّ عن المفتري)** أي عن زيد **(بعد أن وقع عليه)** ووجب عليه؛ لأنه ثبت بالشهادة المذكورة كون عمرو عبداً، ولا يجب حد الفرية على قاذف العبد **(و)** الحال أن **(شهادة النساء لا تجوز في الفرية)** وقد اعتبرت ها هنا باللزوم.

(قال مالك: ومما يشبه ذلك) أي يشبه الفروع المذكورة في أن الثبوت أصالة غير الثبوت تبعاً **(أيضاً مما يفترق فيه القضاء)** إذ يصح فيه القضاء المذكور **(وما مضى من السنة)** من أن شهادة النساء لا تعتبر في غير الأموال **(أن المرأتين تشهدان على استهلال الصبي)** أي على خروجه حياً من بطن أمه، فتثبت بشهادتهما حياة الصبي.

قال الموفق[1]: لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في قبول شهادة النساء المفردات في الجملة، والذي تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء: الولادة والاستهلال، والرضاع، والعيوب تحت الثياب، كالرتق والبكارة وغيرهما، [وانقضاء العدة] وعن أبي حنيفة لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع؛ لأنه يجوز أن يطلع عليه محارمُ المرأة من الرجال، فلم يثبت بالنساء منفردات.

ولنا، حديث قصة أم يحيى بنت أبي إهاب متفق عليه، وإذا ثبت هذا

---

(١) «المغني» (١٤/ ١٣٤).

فَيَجِبُ بِذٰلِكَ مِيرَاثُهُ حَتَّى يَرِثَ. وَيَكُونُ مَالُهُ لِمَنْ يَرِثُهُ. إِنْ مَاتَ الصَّبِيُّ. وَلَيْسَ مَعَ الْمَرْأَتَيْنِ. اللَّتَيْنِ شَهِدَتَا، رَجُلٌ وَلَا يَمِينٌ. وَقَدْ يَكُونُ ذٰلِكَ فِي الْأَمْوَالِ ....

فكل موضع قلنا: تقبل فيه شهادة النساء المنفردات، فإنه تقبل فيه شهادة المرأة الواحدة، وعن أحمد رواية أخرى: لا تقبل فيه إلا امرأتان، وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وابن شبرمة، وإليه ذهب مالك والثوري، وقال عثمان البتي: يكفي ثلاث؛ لأن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة، كما لو كان معهن رجل، وقال عطاء والشعبي وقتادة والشافعي وأبو ثور: لا يقبل فيه إلا أربع؛ لأنه ﷺ قال: شهادة امرأتين بشهادة رجل، ولنا، حديث قصة أم يحيى المذكور، اهـ مختصراً بتغير.

وفي «الهداية»[(١)]: تقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة، وأما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند أبي حنيفة في حق الإرث؛ لأنه مما يطلع عليه الرجال إلا في حق الصلاة؛ لأنها من أمور الدين، وعندهما تقبل في حق الإرث أيضاً؛ لأنه صوت عند الولادة، ولا يحضرها الرجال عادة، فصار كشهادتهن على نفس الولادة، اهـ.

وعُلِمَ من ذلك أن شهادة المرأتين منفردة تكفي في استهلال الصبي **(فيجب بذلك)** أي باستهلاله **(ميراثه)** أي كونه وارثاً **(حتى يرث)** الصبي بشهادتهما **(ويكون ماله)** أي مال الصبي **(لمن يرثه إن مات الصبي)** بعد الاستهلال **(وليس مع المرأتين)** المذكورتين **(اللتين شهدتا)** ههنا في استهلال الصبي **(رجل ولا يمين)** للمدعي ومع ذلك اعتبرت شهادتهما مآلاً في الميراث.

(وقد يكون ذلك) أي اعتبار شهادتهما منجراً إلى الميراث **(في الأموال**

---

(١) (٢/ ١١٧).

الْعِظَامِ. مِنَ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ. وَالرِّبَاعِ وَالْحَوائِطِ وَالرَّقِيقِ. وَمَا سِوَى ذٰلِكَ مِنَ الْأَمْوَالِ. وَلَوْ شَهِدَتِ امْرَأَتَانِ عَلَى دِرْهَمٍ وَاحِدٍ. أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذٰلِكَ أَوْ أَكْثَرَ لَمْ تَقْطَعْ شَهَادَتُهُمَا شَيْئاً. وَلَمْ تَجُزْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُمَا شَاهِدٌ أَوْ يَمِينٌ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَقُولُ لَا تَكُونُ الْيَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ. وَيَحْتَجُّ ....

العظام) أي الكثيرة **(من الذهب والورق)** أي الفضة **(والرباع)** أي المنازل **(والحوائط)** أي البساتين **(والرقيق)** أي العبيد **(وما سوى ذلك)** أي غير ما ذكر **(من الأموال)** كالدواب والأمتعة **(ولو شهدت امرأتان)** منفردتان أصالة **(على درهم واحد أو أقل من ذلك)** أي أقل من الدرهم الواحد **(أو أكثر)** من ذلك **(لم تقطع)** ولم تثبت **(شهادتهما شيئاً)** كذا في النسخ المصرية، وهو أوضح عبارة، وفي النسخ الهندية بدله «لم يقطع بشهادتهما شيئاً» **(و)**ذلك لأنه **(لم يجز)** شهادتهما في المال أصالة **(إلا أن يكون معهما شاهد)** رجل **(أو يمين)** المدعي بدل الرجل عند الإمام مالك خاصة.

قال الموفق[1]: لا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعي، وبه قال الشافعي، وقال مالك: يقبل ذلك في الأموال؛ لأنهما في الأموال أقيمتا مقام الرجل، فحلف معهما كما يحلف مع الرجل، ولنا، أن البينة على المال إذا خَلَتْ من رجل لم تقبل كما لو شهد أربعُ نسوة، وما ذكره يبطل بهذه الصورة، فإنهما لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه، لكفى أربع نسوة مقام رجلين، اهـ.

(قال مالك: ومن الناس من يقول) وتقدم في أول الباب مذهب من أنكر الشاهد واليمين **(لا تكون اليمين مع الشاهد الواحد)** حجة، ولا يقضى بهما في شيء من الأشياء **(ويحتج)** هذا المنكر. وهذا احتجاج الإمام البخاري في

---

(١) «المغني» (١٤/ ١٣٢).

بِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى، وَقَوْلُهُ الْحَقُّ ـ ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ يَقُولُ: فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ فَلَا شَيْءَ لَهُ. وَلَا يُحَلَّفُ مَعَ شَاهِدِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: فَمِنَ الْحُجَّةِ عَلَى مَنْ قَالَ ذٰلِكَ الْقَوْلَ، أَنْ يُقَالَ لَهُ: أَرَأَيْتَ لَوْ أَنَّ رَجُلًا ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ مَالًا. أَلَيْسَ يَحْلِفُ الْمَطْلُوبُ مَا ذٰلِكَ الْحَقُّ عَلَيْهِ. فَإِنْ حَلَفَ بَطَلَ ذٰلِكَ عَنْهُ. وَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ حُلِّفَ صَاحِبُ الْحَقِّ ....

«صحيحه». وقد احتجَّ بذلك غيره أيضاً (**بقول الله تبارك وتعالى**) الآتي نظمه (**وقوله**) تعالى (**الحق**) جملة معترضة (﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟﴾) أي أشهدوا والسين والتاء زائدتان (﴿شَهِيدَيْنِ﴾) أي شاهدين (﴿مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا﴾) أي الشاهدان (﴿رَجُلَيْنِ﴾) جامعي شرائط الشهادة (﴿فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾) مبتدأ محذوف الخبر أي يشهدون (﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾) لدينه وعدالته.

(**يقول**) هذا المحتج المذكور في احتجاجه: (**فإن لم يأت**) أحد (**برجل وامرأتين فلا شيء له**) في ثبوت دعواه (**ولا يحلف مع شاهده**) لظاهر الآية فإنها تدل على أنه إن عدم الرجلان، فلا يجزىء إلا رجل وامرأتان والزيادة في النص عندهم نسخ.

(**قال مالك: فمن الحجة**) التي ترد (**على من قال ذلك القول**) المذكور الذي احتج به المحتج المذكور (**أن يقال له: أرأيت**) أي أخبرني (**لو أن رجلاً**) أو امرأة (**ادعى على رجل**) آخر (**مالاً**) وليس عند المدعي شهادة ما (**أليس يحلف المطلوب**) أي المدعى عليه (**ما ذلك الحق**) أي ليس الحق الذي ادعى به المدعي (**عليه**) أي على المدعى عليه (**فإن حلف**) المدعى عليه (**بطل ذلك**) أي سقط دعوى المدعي (**عنه**) أي عن المدعى عليه بإجماع الأمة (**وإن نكل**) وأبى المدعى عليه (**عن اليمين**) فلا يحلف (**حلف صاحب الحق**) أي المدعي

إِنَّ حَقَّهُ لَحَقٌّ. وَثَبَتَ حَقُّهُ عَلَى صَاحِبِهِ فَهٰذَا مَا لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَ أَحَدٍ مِنَ النَّاسِ. وَلَا بِبَلَدٍ مِنَ الْبُلْدَانِ. ....

(إن حقه) الذي ادعى به **(لحقٌّ)** ثابت **(وثبت حقه)** أي لزم حق المدعي بهذا الحلف **(على صاحبه)** أي على المدعى عليه **(فهذا)** الذي قلنا في الاحتجاج **(ما لا اختلاف فيه عند أحد من الناس ولا)** اختلاف فيه **(ببلد من البلدان)**.

يُشْكل على ما قال الإمام من نقل الاتفاق والإجماع بدون خلاف أحد من الناس، أن رد اليمين على المدعي ليس بمجمع عليه، بل فيه اختلاف وسيعٌ، ولذا قال الحافظ في «الفتح»[1]: أما احتجاج مالك في «الموطأ» بأن اليمين تتوجه على المدعي عند النكول، فإذا حلف ثبت الحق بغير خلاف، فيكون حلف المدعي، ومعه شاهد آخر أولى فهو متعقبٌ، ولا يرد على الحنفية؛ لأنهم لا يقولون برد اليمين، اهـ.

قلت: وأجيب عن ذلك بأجوبة؛ أوجهها عندي أن بيان الاتفاق والإجماع عن الإمام مالك متعلق بالجزء الأول فقط، وهو حلف المدعى عليه إذا لم يكن للمدعي شاهد، وأما ذكر الجزء الثاني وهو ردُّ اليمين إلى المدعي عند نكول المدعى عليه، فذكره تبعاً واستطراداً وتكميلاً لتصوير البينة.

قال الباجي[2]: وحاصل الجواب أن من ادّعى على رجل مالاً، فإن المطلوب يحلف ما ذلك الحق عليه، وهذا مما لا خلاف فيه بين الأئمة، وليس هذا في كتاب الله، وأما قوله بعد ذلك: فإن نكل المدعي ليس مما لا اختلاف فيه، فإن أبا حنيفة وأكثر الكوفيين لا يرون ردَّ اليمين على المدعي بنكول المدعى عليه، فيحتمل أن يريد بقوله: إنه لا خلاف فيه ببلد من البلدان إيجاب اليمين على المنكر دون رد اليمين على المدعي، اهـ.

(١) «فتح الباري» (٥/ ٣٨٢).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٢٢١).

. . . .

وقال ابن عبد البر[١]: مذهب الكوفيين أن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين حكم عليه بالحق دون رد اليمين على المدعي، ولا يظن بمالك مع علمه باختلاف ما مضى أنه جهل ذلك، وإنما أتى بما لا يختلف فيه كأنه قال: ومن يحكم بالنكول خاصة أحرى أن يحكم بالنكول، ويمين الطالب، ومالك كالحجازيين، وطائفة من العراقيين لا يقضي بالنكول حتى ترد اليمين، ويحلف الطالب، وإن لم يدع المطلوب إلى يمينه؛ لحديث القسامة أنه ﷺ رد فيها اليمين على اليهود إذ أبى الأنصار منها، اهـ.

قلت: وتوضيح مسألة رد اليمين ما في «المغني»[٢] إذ قال: وإن نكل من توجهت عليه اليمين عنها، وقال: لي بينةٌ أقيمها أو حساب أستثبِتُه، لأحلف على ما أتيقنُ، فذكر أبو الخطّاب، أنه لا يُمْهَلُ، وإن لم يحلف، جُعِل ناكلاً، وقيل: لا يكون ذلك نكولاً، ويمهل مدة قريبة وإن قال: ما أريد أن أحلف، أو سكت، فلم يذكر شيئاً نظرنا في المُدَّعَى، فإن كان مالاً، أو المقصود منه المالُ، قضي عليه بنكوله، ولم تُرَدَّ اليمينُ على المُدَّعِي، نص عليه أحمد، فقال: أنا لا أرى رَدَّ اليمين، وبهذا قال أبو حنيفة، واختاره أبو الخطاب أنّ له رَدَّ اليمين على المدَّعي، قال: وقد صوّبه أحمد، فقال: ما هو ببعيد يحلف ويستحقُّ، وقال: هو قول أهل المدينة، وروي ذلك عن علي ـ رضي الله عنه ـ، وبه قال شريح والشعبي والنخعي وابن سيرين ومالك ـ رحمهم الله ـ في المال خاصة.

وقاله الشافعي في جميع الدعاوي؛ لما رُوي عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ رد اليمين على طالب الحق، رواه الدارقطني[٣]، وقال ابن أبي ليلى: لا أدعه حتى يُقرّ أو يحلف، ولنا، قوله ﷺ: «ولكن اليمين على

---

(١) انظر: «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٩٤).

(٢) (١٤/ ٢٣٣).

(٣) «سنن الدارقطني» (٤/ ٢١٣).

فَبِأَيِّ شَيْءٍ أَخَذَ هٰذَا؟ ....

جانب المدعى عليه»، فحصرها في جانب المُدعى عليه، وقوله: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»، فجعل جنس اليمين في جنبة المدعى عليه، كما جعل جنس البينة في جنبة المدعي، وقال أحمد: قدم ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ إلى عثمان في عبد له فقال له: احلف أنك ما بعته وبه عيب علمت، فأبى ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ أن يحلف فرد العبد عليه، ولم يرد اليمين على المدعي، ولأنها بينة في المال، فحكم فيها بالنكول، كما لو مات من لا وارث له فوجد الإمام في دفتره ديناً له على إنسان، فطالبه به، فأنكره، وطلب منه اليمين، فأنكره، فإنه لا خلاف أن اليمين لا ترد.

وقد ذكر أصحاب الشافعي في هذا أنه يقضى بالنكول في أحد الوجهين، وفي الآخر يحبس المدعى عليه حتى يقر أو يحلف، والخبر لا تعرف صحته ومخالفة ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ له في القصة التي ذكرناها تدل على ضعفه، فإنه لم يرد اليمين على المدعي، ولا ردها عثمان، فعلى هذا إذا نكل عن اليمين قال له الحاكم: [إن] حلفت وإلا قضيت عليك ثلاثاً، فإن حلف وإلا قضى عليه، وعلى القول الآخر يقول: لك رد اليمين على المدعي، فإن ردها، حلف، وقضى له، وإن نكل عن اليمين سئل عن سبب نكوله، فإن قال: لي بينة أقيمها، أو حساب أستثبته لأحلف على ما أتيقنه أخرت الحكومة، وإن قال: ما أريد أن أحلف سقط حقه من اليمين، اهـ.

(فبأي شيء) من الآية المذكورة **(أخذ)** المحتج المذكور **(هذا)** الذي ادعاه من إنكار الشاهد واليمين، قال الزرقاني(١) قيل: أخذه من حديث الأشعث بن قيس كان بيني وبين رجل خصومة فاختصمنا إلى النبي ﷺ فقال: «شاهداك أو يمينه»، الحديث في «الصحيحين» وروى وائل بن حجر نحو هذه القصة، وزاد فيها «ليس لك إلا ذلك» رواه مسلم وأصحاب السنن.

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٩٤).

أَوْ فِي أيِّ مَوْضِعٍ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَجَدَهُ؟ فَإِنْ أَقَرَّ بِهٰذَا فَلْيُقْرِرْ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ. وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذٰلِكَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ. وَأَنَّهُ لَيَكْفِي مِنْ ذٰلِكَ مَا مَضَى مِنَ السُّنَّةِ. ....

ففي الحصر دليل على رد اليمين والشاهد أجيب بأن المراد بقوله ﷺ: «شاهداك» بينتك، سواء كانت رجلين أو رجلاً وامرأتين أو رجل ويمين الطالب، وإنما خص الشاهدين بالذكر؛ لأنه الأكثر الأغلب، وإلا لزم رد الشاهد والمرأتين؛ لأنه لم يذكر، فدل على أن لفظ الشاهدين غير مراد، بل المراد هما أو ما يقوم مقامهما، اهـ.

وتقدم الجواب عنه في كلام الموفق قريباً من جعل البينة في جنبة المدعي، واليمين في جنبة المدعى عليه، وأيضاً جعل في الحديث اليمين مقابلاً للبينة، فكيف يكون داخلاً فيها، فإن مؤدى قوله ﷺ: «أو يمينك» أنه إن لم تكن البينة لك فاليمين عليه.

(أو في) بلفظ أو في النسخ المصرية والواو في الهندية **(أي موضع)** من المواضع الأخر **(من كتاب الله)** المجيد **(وجده)** المحتج، هكذا في نسخة الزرقاني، وهو واضح، وفي عامة النسخ المصرية والهندية بلفظ «أو في أي كتاب الله وجده»، والمعنى أو في أي كتاب من كتب الله وجده، وهذا أشد إنكاراً من السياق الأول؛ لأنه ليس كتاب آخر من كتبه تعالى غير القرآن المجيد.

(فإذا أقر) واعترف المحتج **(بهذا)** يعني إذا اعترف بأنه لم يجد في كتاب الله القضاء بحلف المطلوب، ومع ذلك أجمعوا على الاعتبار به **(فليقر)** بالإدغام في النسخ الهندية وبلفظ فليقرر بفك الإدغام في النسخ المصرية، وجعلهما الزرقاني أيضاً نسختين **(باليمين مع الشاهد)** أيضا **(وإن لم يكن)** وصلية **(ذلك في كتاب الله)** لأنه أيضاً زيادة على كتاب الله تعالى لا نسخ له، كما أن الاعتبار بحلف المطلوب زيادة على كتاب الله تعالى لم يتناوله الكتاب **(وأنه ليكفي من ذلك)** في الاحتجاج على اعتبار الشاهد واليمين **(ما مضى من السنة)** من أن رسول الله ﷺ قضى باليمين والشاهد.

وَلٰكِنِ الْمَرْءُ قَدْ يُحِبُّ أَنْ يَعْرِفَ وَجْهَ الصَّوَابِ وَمَوْقِعَ الْحُجَّةِ. فَفِي هٰذَا بَيَانُ مَا أَشْكَلَ مِنْ ذٰلِكَ. إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَىٰ.

(٥) باب القضاء فيمن هلك وله دين، وعليه دين، له فيه شاهد واحد

قَالَ يَحْيَىٰ، قَالَ مَالِكٌ، فِي الرَّجُلِ يَهْلِكُ وَلَهُ دَيْنٌ، عَلَيْهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ، لَهُمْ فِيهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ. فَيَأْبَىٰ وَرَثَتُهُ أَنْ يَحْلِفُوا عَلَى حُقُوقِهِمْ ....

(ولكن المرء قد يحب) بالحاء المهملة في جميع النسخ المصرية والهندية فهو بضم أوله وكسر ثانيه **(أن يعرف وجه الصواب)** من الأحكام **(و)** يعرف **(موقع الحجة)** من القرآن والحديث معاً، ولا يترك الأحاديث قائلاً بأنه لم يجد هذا الحكم في القرآن، فكم من أحكام لا توجد في القرآن المجيد، بل توجد في الأحاديث الصحيحة الشهيرة **(ففي هذا)**الذي قررنا **(بيان)** واضح وحجة تامة **(لما أشكل)** ببناء المجهول على ما أعرب في النسخ المصرية، أي لما أورد من الإشكال في إثبات القضاء باليمين والشاهد.

(إن شاء الله تعالى) زاده للتبرك، ومن لم يقل بذلك يقول أيضاً: إنه أخذه بالأحاديث الشهيرة القولية في ذلك، وقضاؤه ﷺ باليمين والشاهد واقعة حال لا عموم لها، مع ما فيه من الاحتمالات التي تقدمت فيما سبق والبسط في المطولات.

(٥) القضاء فيمن هلك وله دين، وعليه دين، له فيه شاهد واحد

(القضاء فيمن هلك) أي مات **(وله دين)** على الناس **(وعليه دين)** أيضاً لناس آخرين **(له)** أي للميت **(فيه)** أي في الدين المذكور **(شاهد واحد)** لا غير فكيف القضاء بذلك.

(قال مالك في الرجل يهلك) أي يموت **(وله دين على رجل عليه)** أي على دينه **(شاهد واحد وعليه)** أي على الميت أيضاً **(دين للناس لهم)** أي للغرماء **(فيه شاهد واحد فيأبى)** أي تمتنع **(ورثته أن يحلفوا على حقوقهم)** أي

مَعَ شَاهِدِهِمْ. قَالَ: فَإِنَّ الْغُرَمَاءَ يَحْلِفُونَ وَيَأْخُذُونَ حُقُوقَهُمْ. فَإِنْ فَضَلَ فَضْلٌ لَمْ يَكُنْ لِلْوَرَثَةِ مِنْهُ شَيْءٌ. وَذٰلِكَ أَنَّ الْأَيْمَانَ عُرِضَتْ عَلَيْهِمْ قَبْلُ، فَتَرَكُوهَا. إِلَّا أَنْ يَقُولُوا لَمْ نَعْلَمْ لِصَاحِبِنَا فَضْلًا. وَيُعْلَمُ أَنَّهُمْ إِنَّمَا تَرَكُوا الْأَيْمَانَ مِنْ أَجْلِ ذٰلِكَ. فَإِنِّي أَرَى أَنْ يَحْلِفُوا وَيَأْخُذُوا مَا بَقِيَ بَعْدَ دَيْنِهِ.

على أموال مورثهم التي على الغرماء **(مع شاهدهم)** الواحد **(قال مالك: فإن الغرماء)** أي الذين لهم دين على الميت **(يحلفون)** مع الشاهد **(ويأخذون حقوقهم)** أي يستوفون دينهم عن الذين عليهم دين الميت.

(فإن فضل فضل) أي بقي شيء من المال بعد استيفاء الذين لهم دين على الميت **(لم يكن للورثة منه)** أي من الفضل **(شيء، وذلك)** أي وجه عدم استحقاقهم **(أن الأيمان قد عرضت عليهم)** أي على الورثة **(قبل)** أي قبل الغرماء **(فتركوها)** أي نكلوا عن الأيمان، قال الزرقاني: قال ابن زرقون: لا أعلم خلافاً في المذهب إذا كان في الحق فضل أن تبدأ الورثة باليمين، فإن لم يكن فيه فضل، فقال مالك: تبدأ الورثة، وقال محمد وسحنون: تبدأ الغرماء، اهـ.

(إلا أن يقولوا) الورثة إنا نكلنا عن الأيمان أولاً؛ لأنا **(لم نعلم)** أولاً أن **(لصاحبنا)** أي لمورثنا **(فضلاً)** في المال بعد استيفاء الغرماء.

(ويعلم) ببناء المجهول أي يظهر صدق قولهم ذاك، ويتحقق **(أنهم إنما تركوا الأيمان)** أولاً **(من أجل ذلك)** الذي قالوه، قال مالك: **(فإني أرى أن يحلفوا)** أي الورثة بعد النكول أيضاً **(ويأخذوا ما بقي)** من الفضل **(بعد دينه)** أي بعد أداء دين الميت، قال الزرقاني[(١)]: وروى عنه ابن وهب أن لهم ذلك مطلقاً، اهـ.

وبسط الباجي[(٢)] في فروع هذا الباب، وذكر اختلاف أصحابهم في تبدئة الورثة أو الغرماء، فارجع إليه.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٩٥).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٢٢٤).

(٦) باب القضاء في الدعوى

١٤٣٣/٨ ـ قَالَ يَحْيَىٰ: قَالَ مَالِكٌ، عَنْ جَمِيلِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ

وقال الموفق[1]: إن الرجل إذا مات مفلساً وادعى ورثته ديناً له على رجل فأنكر، فأقاموا شاهداً عدلاً، وحلفوا معه، حكم بالدين للميت، ثم تقضى منه ديونه، ثم تنفذ وصاياه من الثلث، فإن أبى الورثةُ أن يحلفوا لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت، وبهذا قال إسحاق وأبو ثور والشافعي في الجديد، وقال في القديم: للغريم أن يحلف، ويستحق، وهذا قول مالك؛ لأن حقه متعلق به، بدليل أنه لو ثبت المال قدم حقه على الورثة.

ولنا، أن الدين للورثة دون الغريم، فلم يكن له أن يحلف عليه، ثم قال: وتركة الميت يثبت الملك فيها لورثته، سواء كان عليه دين أو لم يكن، نص عليه أحمد فيمن أفلس ثم مات، قال: قد انتقل المبيع إلى الورثة وحصل ملكاً لهم، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن كان الدين يستغرق التركة منع نقلها إلى الورثة، فإن كان لا يستغرقها لم يمنع انتقال شيء منها، وقال أبو سعيد الإصطخري: يمنع بقدره، وقد أومأ أحمد إلى مثل هذا، والمذهب الأول، ولهذا قلنا: إن الغريم لا يحلف على دين الميت، اهـ.

ولا يتوجه هذا الباب إلى الحنفية؛ لأن مداره على إثبات المدعى بشاهد واحد مع يمين المدعي.

(٦) القضاء في الدعوى

يعني إن ادّعى أحد بشيء فكيف يقضى به باعتبار الشهادة ولزوم الدعوى؟

١٤٣٣/٨ ـ **(مالك عن جميل)** بفتح الجيم وكسر الميم **(ابن عبد الرحمن**

---

(١) «المغني» (١٤/ ٢١٤).

الْمُؤَذِّنِ؛ أَنَّهُ كَانَ يَحْضُرُ عُمرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَهُوَ يَقْضِي بَيْنَ النَّاسِ. فَإِذَا جَاءَهُ الرَّجُلُ يَدَّعِي عَلَى الرَّجُلِ حَقًّا، نَظَرَ. فَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مُخَالَطَةٌ أَوْ مُلَابَسَةٌ، أُحْلِفَ الَّذِي ادُّعِيَ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ، لَمْ يُحَلِّفْهُ.

المؤذن) المدني **(أنه)** أي جميلاً **(كان يحضر)** في مجلس الخليفة الراشد **(عمر بن عبد العزيز وهو)** أي عمر **(يقضي بين الناس)** لعله في زمن إمارته على المدينة، وقال الباجي[١]: كان عمر بن عبد العزيز أميراً على المدينة، ثم كان خليفة، ويحتمل أنه كان يقضي في الحالتين، اهـ.

(فإذا جاءه الرجل) المدعي **(يدعي على الرجل)** الآخر **(حقاً)** له من الحقوق **(نظر)** عمر **(فإن كانت بينهما)** أي بين الطالب والمطلوب **(مخالطة أو ملابسة)** وعجز الطالب عن إقامة البينة **(أحلف)** ببناء المجهول **(الذي ادعي عليه)** أي المطلوب **(وإن لم يكن)** بينهما **(شيء من ذلك)** أي شيء من الملابسة والمخالطة **(لم يحلفه)** أي لم يحلف المطلوب.

قال الباجي: هذا قول عمر بن عبد العزيز والفقهاء السبعة بالمدينة. وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة والشافعي: يستحلف المدعى عليه من غير إثبات خلطة، والدليل على ما نقوله أن مجرد الدعوى لا يوجب حكماً إلا لوجه ضرورة، وفي استحلاف المدعى عليه مضرة تلحقه، فلا يجوز أن يؤذى باليمين بمجرد الدعوى عليه إلا أن تكون ضرورة، اهـ.

قال الزرقاني[٢]: ذهب الأئمة الثلاثة وغيرهم إلى توجه اليمين على المدعى عليه، سواء كان بينهما خلطة أم لا؛ لعموم حديث ابن عباس في «الصحيحين» «أن النبي ﷺ قضى باليمين على المدعى عليه»، لكن حمله مالك

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٢٦).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٩٦).

....

وموافقوه على ما إذا كانت خلطة، لئلا يتبذل أهل السفه أهل الفضل بتحليفهم مراراً في اليوم الواحد، فاشترطت الخلطة لهذه المفسدة.

واستدل ابن عبد البر لذلك بقوله تعالى: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ﴾ الآيات. وقال ابن عباس: لما أتي يعقوب بقميص يوسف ـ عليهما السلام ـ، ولم ير فيه خرقاً كَذَّبَهم، وقال: لو أكله السبع لخرق قميصه، وقال الشعبي: كان في قميص يوسف ـ عليه السلام ـ ثلاث آيات، فزاد حين ألقي على وجه أبيه فارتدّ بصيراً، وهذا أصل في ثبوت الخلطة، اهـ.

قال الموفق[1]: إذا استعدى رجل على رجل إلى الحاكم، فيه روايتان: **إحداهما**: أنه يلزمه أن يستدعي خصمه، سواء علم بينهما معاملة أو لم يعلم، وسواء كان المستعدي ممن يعامل المستعدى عليه أو لا يعامله، كالفقير يَدَّعِي على ذي ثروة وهيئة، نص على هذا في رواية الأثرم، وهو اختيار أبي بكر، ومذهب أبي حنيفة والشافعي؛ لأن في تركه تضييعاً للحقوق وإقراراً للظلم، فإنه قد ثبت له الحق على من هو أرفع منه بغصب، أو يشتري منه شيئاً ولا يوفيه، أو يودعه شيئاً ولا يردّه، ولا تعلم بينهما معاملة، فإذا لم يعد عليه سقط حقه، وهذا أعظم ضرراً من حضور مجلس الحاكم، فإنه لا نقيصة فيه، وقد حضر عمر وأبيٌّ عند زيد، وحضر هو وآخر عند شريح، وحضر علي رضي الله عنه عند شريح، وحضر المنصور عند رجل من ولد طلحة بن عبيد الله.

والرواية الثانية: لا يستدعيه إلا أن يعلم بينهما معاملة، ويتبين أن لما ادَّعاه أصلاً، رُوِي ذلك عن علي ـ رضي الله عنه ـ، وهو مذهب مالك؛ لأن في ادّعائه على كل أحد تبذيل أهل المروءات وإهانة لذوي الهيئات، فإنه لا يشاء أحد أن يبذلهم عند الحاكم إلا فعل، وربما فعل هذا من لا حق له

(١) «المغني» (١٤/ ٣٩).

....

ليفتدي المدعى عليه من حضوره وشر خصمه بطائفة من المال، والأولى أولى، لأن ضرر تضييع الحق أعظم من هذا، وللمستدعى عليه أن يُوكِّلَ من يقوم مقامه إن كره الحضور، اهـ.

وفي «المحلى»: اختلفوا في تفسير الخلطة، فقيل: هي معرفة بمعاملة ومداينة بشاهد أو بشاهدين، وقيل: يكفي الشهرة، وقيل: هي أن يليق به الدعوى بمثلها على مثله، وروى البيهقي[١] عن علي ـ رضي الله عنه ـ اليمين على المدعى عليه، إذا كان قد خالطه، فإن نكل حلف المدعي، وقال الشافعي والجمهور: اليمين متوجه على المدعى عليه، سواء كان بينهما اختلاط أم لا، ودليلهم عموم حديث اليمين على من أنكر، ولا أصل لتلك الشروط في كتاب ولا سنّة ولا إجماع، كذا ذكره الطيبي[٢].

وخص مالك من عموم هذا الحديث دعوى القصاص، فلا يجب به اليمين عنده، إلا أن يقيم على ذلك شاهداً، فيجب اليمين، ومنها دعوى النكاح على المرأة، ودعوى المرأة الطلاق ومنها العتق، اهـ مختصراً.

وبسط الباجي[٣] في تفاصيل هذا الباب فقال: في ذلك أبواب ثلاثة: **الأول**، في الدعاوي التي يعتبر فيها الخلطة، وتمييزها من غيرها، **والثاني**، في تفسير معنى الخلطة، **والثالث**، فيما تثبت به الخلطة.

أما الأول، فما تعتبر فيه الخلطة، هو المداينة، وادّعاء دين من معاوضة. وكذلك إن ادّعى عليه كفالة بحق فلا يلزمه، إن لم يكن بينهما خلطة، وأما الثاني، فالخلطة المعتبرة هي أن يسالفه مبايعة ويشتري منه مراراً، ولا تثبت بين

(١) «السنن الكبرى» (١٠/ ١٨٤).
(٢) انظر: «شرح الطيبي» (٨/ ٢٦٠٩).
(٣) «المنتقى» (٥/ ٢٢٤).

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَىٰ ذَلِكَ، الْأَمْرُ عِنْدَنَا. أَنَّهُ مَنِ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ بِدَعْوَىٰ، نُظِرَ. فَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مُخَالَطَةٌ أَوْ مُلَابَسَةٌ أُحْلِفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ. فَإِنْ حَلَفَ بَطَلَ ذٰلِكَ الْحَقُّ عَنْهُ. وَإِنْ أَبَىٰ أَنْ يَحْلِفَ، وَرَدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعِي، فَحَلَفَ طَالِبُ الْحَقِّ، أَخَذَ حَقَّهُ.

(٧) باب القضاء في شهادة الصبيان

أهل السوق مخالطة بكون المتداعيين من أهل السوق. وأما الثالث، يعني ما تثبت به الخلطة فإقرار المدعى عليه بها والبينة تشهد بها، وقال ابن المواز: إذا أقام بالخلطة شاهداً واحداً حلف المدعي معه وتثبت به الخلطة، ثم يحلف حينئذٍ المدعى عليه، اهـ ملتقطاً.

(قال مالك: وعلى ذلك) الذي ذكر من أثر عمر بن عبد العزيز **(الأمر عندنا)** بالمدينة المنوّرة يعني **(أنه)** أي الشأن أن **(من ادّعى على رجل بدعوى نظر)** ببناء المجهول **(فإن كانت بينهما مخالطة)** قال الزرقاني[١]: مثل التجار ومن نصب نفسه للبيع والشراء **(أو ملابسة أحلف)** ببناء المجهول **(المدعى عليه فإن حلف)** المدعى عليه **(بطل ذلك الحق)** الذي ادعى به المدعي **(عنه)** أي عن المدعى عليه **(وإن أبى)** المدعى عليه **(أن يحلف)** على إنكار الدعوى **(ورد اليمين على المدعي)** على مذهب من قال برد اليمين على المدعي، كما تقدم مبسوطاً في الباب السابق **(فحلف طالب الحق أخذ حقه)** لأنه ثبت حقه بحلفه بعد نكول المدعى عليه، ومن لم يقل برد اليمين يثبت عنده الحق بالنكول فقط كما تقدم.

(٧) القضاء في شهادة الصبيان

قال الموفق[٢]: يعتبر في الشاهد سبعة شروط: منها: أن يكون بالغاً،

---

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٣٩٥).

(٢) «المغني» (١٤/ ١٤٥).

....

فلا تقبل شهادة صبيٍّ لم يبلغ بحال. يروى هذا عن ابن عباس. وبه قال القاسم وسالم وعطاء ومكحول وابن أبي ليلى والأوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق، وأبو عبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه، وعن أحمد رواية أخرى: أن شهادتهم تقبل في الجراح، إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التي تجارَحُوْا عليها، وهذا قول مالك؛ لأن الظاهر صدقهم وضبطهم، فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم؛ لأنه يحتمل أن يُلَقَّنوا، قال ابن الزبير: إن أخذوا عند مصاب ذلك، فبالحريّ أن يعقلوا ويحفظوا.

وعن الزهري: أن شهادتهم جائزة، ويستحلف أولياء المشجوج، وذكره عن مروان، وروي عن أحمد رواية ثالثة: أنها تقبل إذا كان ابن عشر، فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم في غير الحدود والقصاص كالعبيد.

وروي عن علي ـ رضي الله عنه ـ أن شهادة بعضهم تقبل على بعض، وروي ذلك عن شريح والحسن والنخعي. قال إبراهيم: كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان، قال المغيرة: وكان أصحابنا لا يجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد، والمذهب أن شهادتهم لا تقبل في شيء لقول الله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ وقال: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ وقال: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ والصبي من لا يرضى، وقال: ﴿وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ فأخبر أن الشاهد الكاتم لشهادته آثم، والصبي لا يأثم، فيدل على أنه ليس بشاهد، ولأن الصبي لا يخاف من مأثم الكذب، فَيَزَعُه عنه، ويمنعه منه، فلا تحصل الثقة بقوله، ولأن من لا يقبل قوله على نفسه في الإقرار، لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون، يحقق هذا أن الإقرار أوسع؛ لأنه يقبل من الكافر والفاسق والمرأة، ولا تصح الشهادة منهم، ولأن من لا تقبل شهادته في المال، لا تقبل في الجراح كالفاسق، ومن لا تقبل شهادته على من ليس بمثله، لا تقبل على مثله كالمجنون، اهـ.

١٤٣٤/٩ ـ قَالَ يَحْيَىٰ: قَالَ مَالِكٌ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ؛ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ كَانَ يَقْضِي بِشَهَادَةِ الصِّبْيَانِ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنَ الْجِرَاحِ.

قَالَ مَالِكٌ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا، أَنَّ شَهَادَةَ الصِّبْيَانِ تَجُوزُ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنَ الْجِرَاحِ. وَلَا تَجُوزُ عَلَى غَيْرِهِمْ. وَإِنَّمَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنَ الْجِرَاحِ وَحْدَهَا. لَا تَجُوزُ فِي غَيْرِ ذٰلِكَ. ..

١٤٣٤/٩ ـ **(مالك عن هشام بن عروة أن)** عمه **(عبد الله بن الزبير)** الصحابي أمير المؤمنين **(كان يقضي بشهادة الصبيان فيما)** يقع **(بينهم من الجراح)** قال أبو عمر[١]: اختلف عن ابن الزبير في ذلك، والأصح أنه كان يجيزها إذا جيء بهم في حال نزول النازلة، وروي مثله عن علي ـ رضي الله عنه ـ من طرق ضعيفة، اهـ.

قال الزرقاني[٢]: وبإجازتها قال معاوية وعمر بن عبد العزيز وابن المسيب وعروة والشعبي وابن أبي ليلى والزهري والنخعي بخلف عنه، ولم يجزها الجمهور، وحمل مالك قول ابن عباس بعدم إجازتها على شهادتهم على الكبار، اهـ.

(قال مالك: الأمر عندنا) بالمدينة المنوّرة **(المجتمع عليه)** فيما بينهم **(أن شهادة الصبيان تجوز)** بتأنيث الصيغة في جميع المواضع من هذا الأثر في النسخ المصرية، وتذكيرها في الهندية بلفظ يجوز **(فيما بينهم)** فيما يقع **(من الجراح)** بينهم **(ولا تجوز)** شهادتهم **(على غيرهم)** من الكبار **(وإنما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها)** أي في الجراح خاصة، **(لا تجوز في غير ذلك)** أي في غير الجراح من الأموال وغيرها، كَرَّره تأكيداً ودفعاً لاحتمال شمول غير

---

(١) انظر: «الاستذكار» (٢٢/٧٨).

(٢) «شرح الزرقاني» (٣/٣٩٦).

إِذَا كَانَ ذٰلِكَ قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقُوا. أَوْ يُخَبَّبُوا أَوْ يُعلَّمُوا. فَإِنِ افْتَرَقُوا فَلَا شَهَادَةَ لَهُمْ. إِلَّا أَنْ يَكُونُوا قَدْ أَشْهَدُوا الْعُدُولَ عَلَى شَهَادَتِهِمْ. قَبْلَ أَنْ يَفْتَرِقُوا.

الجراح **(إذا كان ذلك)** أي أخذ الشهادة **(قبل أن يتفرقوا)** من موضع الجراح **(أو يخببوا)** بخاء معجمة فموحدتين ببناء المجهول من الخب بالكسر الخداع، كذا ضبطه الزرقاني، وفي النسخ الهندية وبعض المصرية: يخيبوا، بالتحتية بعد الخاء.

قال الباجي[1]: معناه أن يدخل بينهم كبير أو كبار على وجه يمكنهم أن يلقنوهم الشهادة ويصرفوهم عن وجهها، أو يزينوا لهم الزيادة فيها أو النقصان منها. فإذا كان ذلك لم تقبل شهادتهم وبطلت، اهـ.

(أو يعلموا) ببناء المجهول من التعليم أي علَّمَهم ولقنهم أحد **(فإن افترقوا)** قبل أداء الشهادة **(فلا شهادة لهم)** أي لا تعتبر لاحتمال التلقين **(إلا أن يكونوا)** أي الصبيان **(قد أشهدوا)** الكبار **(العدول)** جمع عدل **(على شهادتهم قبل أن يفترقوا)** فتقبل لانتفاء احتمال التلقين.

وقال الباجي: في ذلك ثلاثة أبواب: **الأول**: في ذكر من تجوز شهادته منهم. **الثاني**: في تبيين الحالة التي تجوز عليها شهادتهم. **الثالث**: في حكم من تجوز شهادتهم.

أما الأول: فاتفق أصحاب مالك على أنها تجوز شهادتهم فيما دون القتل من الجراح، واتفقوا على أنها لا تجوز في الحقوق. قال سحنون: إنما أجزتها في الجراح، ولم أجزها في الحقوق للضرورة؛ لأن الحقوق يحضرها الكبار ولا يحضرون في جراح الصغار في الأغلب، ولو حضرها كبير لم تجز شهادتهم، واختلف أصحابنا في جوازها في القتل، فروى ابن القاسم عن مالك في «كتاب ابن سحنون» أنها تجوز بينهم في القتل، ومنع ذلك أشهب.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٣٠).

(٨) باب ما جاء في الحنث على منبر النبي ﷺ

وأما من ذا الذي تجوز شهادتهم، فروي عن مالك أنها تجوز شهادة الذكور دون الإناث، وقال سحنون: اختلف قول ابن القاسم في شهادة الإناث في الجراح، فلم يجزها في كتاب الشهادات، وأجازها في كتاب الديات، وقال ابن الماجشون: أقل ما يجزىء من شهادة الصبيان غلامان أو غلام وجاريتان، ولا يجوز غلام وجارية، ولا جوار وإن كثرن؛ لأنهن وإن كثرن مقام اثنتين، واثنتان مقام غلام، ولا يحكم بشهادة غلام.

قال مالك: ولا تجوز شهادة العبد منهم، زاد ابن الماجشون، ولا شهادة مَنْ على غير الإسلام، ولا ينظر في الصبيان إلى عدالة ولا عداوة، قال محمد: ولم يختلف في أنه لا ينظر إلى عدالة ولا جرحة فيهم، قال سحنون: لأن عداوتهم لا عود لها، يعني لا يثبت، وليس لهم من الحال ما يقصدون به إلى أذى من يعاديهم بمثل هذا.

وقال ابن القاسم في «كتاب ابن المواز»: إذا ثبتت العداوة لم يجز، وهل يجوز لذوي القرابة؟ قال ابن المواز: لا ينظر في شهادتهم إلى جرحة ولا قرابة، وقال عبد الملك: تسقط في قرابة.

وأما الثاني: يعني تبيين الحالة، فهي أن لا يكون بينهم كبير، وتقيد شهادتهم قبل أن يفترقوا، فأما الكبير يكون معهم، فإن ذلك يمنع قبول شهادتهم، سواء كان الكبار رجالاً أو نساءً، وهل تراعى العدالة في الكبير الذي يكون معهم؟ مختلف فيه.

وأما الثالث: يعني في حكم من تجوز شهادتهم، فإنهم إن شهدوا بقتل صبي لصبي، ففي «كتاب ابن المواز» عن ابن القاسم: تلزم العاقلة الدية بلا قسامة، وقال سحنون: عمد الصبي كالخطأ، اهـ ملخصاً.

(٨) **الحنث** ـ بكسر الحاء المهملة ـ **على منبر النبي** ﷺ

أي الحلف الكاذب عنده، قال الراغب في قوله تعالى: ﴿وَكَانُوا۟ يُصِرُّونَ عَلَى

....

﴿ٱلۡحِنثِ ٱلۡعَظِيمِ﴾: أي الذنب المؤثم. وسمي اليمين الغموس حنثاً لذلك، وقيل: حنث في يمينه إذا لم يف بها، وقال المجد: الحنث بالكسر الإثم، والخلف في اليمين، والميل من باطل إلى حق أو عكسه، وفي «المجمع» في حديث «اليمين حِنْثٌ أو مُنْدَمَةٌ»: الحنث فيها نقضها كأنه من الحنث الإثم، يعني أن الحالف إما أن يندم على ما حلف عليه أو يحنث، فيلزمه كفارة.

قال ابن رشد(١): أما الأيمان فإنهم اتفقوا على أنها تبطل بها الدعوى عن المدعَّى عليه، إذا لم تكن للمدعي بينةٌ، وكلهم مجمعون على أن اليمين الذي تسقط الدعوى أو تثبتها هي اليمين بالله الذي لا إله إلا هو، وأقاويل فقهاء الأمصار في صفتها متقاربة، وهي عند مالك بالله الذي لا إله إلا هو، لا يزيد عليها، ويزيد الشافعي: الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية.

وأما هل تغلظ بالمكان؟ فإنهم اختلفوا في ذلك، فذهب مالك إلى أنها تغلظ بالمكان، وذلك في قدر مخصوص، وكذلك الشافعي، واختلفوا في القدر، فقال مالك: إن من ادّعى عليه بثلاثة دراهم فصاعداً وجبت عليه اليمين في المسجد الجامع، فإن كان في مسجد النبي ﷺ، فلا خلاف في المذهب أنه يحلف على المنبر، وإن كان في غيره من المساجد، ففي ذلك روايتان: إحداهما حيث اتفق من المسجد، والأخرى عند المنبر، وروى عنه ابن القاسم أنه يحلف فيما له بالٌ في الجامع، ولم يحدد.

وقال الشافعي: يحلف في المدينة عند المنبر، وفي مكة بين الركن والمقام، وكذلك يحلف عنده في كل بلد عند المنبر، والنصاب عنده في ذلك عشرون ديناراً، وقال داود: يحلف على المنبر في القليل والكثير، وقال أبو حنيفة: لا تغلظ اليمين بالمكان.

---

(١) «بداية المجتهد» (٢/ ٤٦٦).

....

وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد في الحديث على منبر النبي ﷺ يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا؟ فمن قال: إنه يفهم منه ذلك قال: لأنه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ معنى، ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر، قال: لا يجب الحلف على المنبر، اهـ. وما حكي من الإجماع على تغليظه بالصفات ليس بصحيح، رَدَّه البخاري في «صحيحه» وبسط الاختلاف فيه في شروحه وغيرها ليس هذا محل بيانه.

وأما اختلافهم في تغليظه بالزمان والمكان فشائع، وترجم البخاري في «صحيحه» «باب يحلف المدعى عليه حيثما وجبت عليه اليمين ولا يصرف من موضع إلى غيره»، قال الحافظ(١): وهو قول الحنفية والحنابلة، وذهب الجمهور إلى وجوب التغليظ، ففي المدينة عند المنبر، وبمكة عند الركن والمقام، وبغيرهما بالمسجد الجامع، واتفقوا على أن ذلك في الدماء والمال الكثير لا في القليل، واختلفوا في حد القليل والكثير، اهـ.

وفيه نسبة القول الثاني إلى الجمهور مشكل، وكذا يشكل قوله: إلى وجوب التغليظ، فإن جمهور من قال بالتغليظ ذهبوا إلى استحبابه، لا وجوبه، وكذا قوله: اتفقوا على أنه في المال الكثير مشكل إذ أكثر الظاهرية على إطلاقه.

وفي «الشرح الكبير»(٢) لابن قدامة: إن رأى الحاكم تغليظها بلفظ أو زمن أو مكان جاز، وظاهر كلام الخرقي أن اليمين لا تغلظ إلا في حق أهل الذمة، ولا تغلظ في حق المسلم، وبه قال أبو بكر، وممن قال لا يشرع التغليظ بالزمان والمكان في حق مسلم أبو حنيفة وصاحباه، وقال مالك والشافعي: تغلظ، ثم اختلفا، فذكر اختلافهما في المكان والنصاب بنحو ما تقدم في كلام

(١) «فتح الباري» (٥/ ٢٨٤).

(٢) (١٢/ ١١٤).

....

ابن رشد، إلا أنه حكى فى مذهب الشافعي عند الصخرة ببيت المقدس، وحكى عن ابن حزم: تغلظ في المال القليل والكثير.

ثم قال: ولنا قول الله تعالى: ﴿فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ لَشَهَٰدَتُنَآ أَحَقُّ﴾ الآية، ولم يذكر مكاناً ولا زماناً ولا زيادة في اللفظ، واستحلف النبي ﷺ رُكَانَة في الطلاق، فقال: آلله ما أردتَ إلا واحدة؟ قال: آلله ما أردتُ إلا واحدة، ولم يغلظ يمينه بزمن ولا مكان ولا زيادة لفظ، وحلف عمر ـ رضي الله عنه ـ لأبيّ ـ رضي الله عنه ـ حين تحاكما إلى زيد في مكانه وكانا في بيت زيد، وقال عثمان لابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ: تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه، وفيما ذكروه من التغليظ تقييد لهذه النصوص، ومخالفة للإجماع، فإن ما ذكر عن الخليفتين عمر وعثمان مع من حضرهما لم ينكر، وهو في الشهرة، فكان إجماعاً.

وقوله تعالى: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ﴾ إنما كان في حق أهل الكتاب، والوصية في السفر، وهي قضية خولف فيها القياس في مواضع؛ منها؛ قبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين، ومنها؛ استحلاف الشاهدين، ومنها؛ استحلاف خصومهما عند العثور على استحقاقهما الإثم، وهم لا يعلمون بها أصلاً، فكيف يحتجُّون به، ولما ذكر أيمان المسلمين أطلق اليمين، ولم يقيدها، والاحتجاج بهذا أولى من المصير إلى ما خولف فيه القياسُ، وتُرِك العمل به.

وأما حديثهم فليس فيه دليلٌ على مشروعية اليمين على المنبر، إنما فيه دليل على تغليظ الإثم على الحالف، وأما قضية مروان، فمن العجب احتجاجهم بهذا، وذهابهم إلى قول مروان في قضية خالفه فيها زيد، كما سيأتي.

وقال ابن المنذر: لا أعلم حجة توجب أن يستحلف في مكان بعينه، ولا يميناً يستحلف بها غير اليمين التي يستحلف بها المسلمون.

١٠/١٤٣٥ ـ قَالَ يَحْيَىٰ: **حدّثنا** مَالِكٌ، عَنْ هِشَامِ بْنِ هِشَامِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، ....

وفي الجملة، لا خلاف بين المسلمين في أن التغليظ بالمكانِ والزمانِ والألفاظِ غير واجب، إلا أن ابن الصَّبَّاغ ذكر في وجوب التغليظ بالمكان قولين للشافعي، وخالفه ابنُ القاصِّ، قال: لا خلاف بين أهل العلم أن القاضي حيث استحلَف المدَّعى عليه في عمله وبلد قضائه جاز، وإنما التغليظ بالمكان اختيار منه، فيكون التغليظ عند من رآه اختياراً واستحباباً، انتهى مختصراً.

وكذا قال الموفق[1]، إذ قال: وعلى كل حال فلا خلاف بين أهل العلم في أن التغليظ بالزمانِ والمكانِ والألفاظِ غير واجب، ثم ذكر قول ابن الصباغ وابن القاص بلفظ ما تقدم من «الشرح الكبير» إلى قوله: اختياراً واستحباباً، انتهى.

١٠/١٤٣٥ ـ **(مالك عن هاشم)** بن هاشم، ويقال فيه: هشام بن هشام، هكذا في نسخة الزرقاني، وذكره في النسخ المصرية بلفظ عن هشام بن هشام بن عتبة، وفي النسخ الهندية بلفظ عن هاشم بن عتبة، فنسبه إلى جده الأعلى **(ابن عتبة)** بضم العين المهملة وسكون المثناة الفوقية فموحدة **(ابن أبي وقاص)** مالك الزهري المدني ثقة من رجال الستة، قال الزرقاني[2]: عُمِّر طويلاً، ومات سنة بضع وأربعين ومائة، وقال الحافظ في «تهذيبه»[3]: هاشم بن هاشم بن عتبة، ويقال: هاشم بن هاشم بن هاشم بن عتبة، وهو أصح، لأن هاشم بن عتبة قتل بصِفِّيْن سنة سبع وثلاثين، فيبعد أن يكون صاحب الترجمة ابنه لبعد ما بين وفاتيهما، ذكره ابن حبان في «الثقات».

---

(١) «المغني» (١٤/ ٢٢٧).

(٢) «شرح الزرقاني» (٤/ ٢).

(٣) «تهذيب التهذيب» (١١/ ٢٠).

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ نِسْطَاسٍ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْأَنْصَارِيِّ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ حَلَفَ عَلَى مِنْبَرِي ....

وقال: مات سنة أربع وأربعين ومائة، وقال البخاري عن مكي: سمعت منه سنة أربع، وقال أحمد بن حنبل عن مكي: سمعت منه سنة سبع وأربعين، وقال ابن سعد في الطبقة الخامسة من أهل المدينة: هاشم بن هاشم بن عتبة أمه أم ولد، فولد هاشم بن هاشم هاشماً، وأمه أم عمرو بنت سعد، فكلامه محتمل أن يكون الراوي هو هاشم بن هاشم أو ابنه، وهو الأقرب، انتهى.

قال ابن عبد البر: وزعم بعضهم أنه مجهول ليس بشيء، فقد روى عنه مالك وشجاع بن الوليد وأنس بن عياض ومكي بن إبراهيم وغيرهم، ومن روى عنه رجلان ارتفعت عنه الجهالة لمالك عنه مرفوعاً هذا الحديث الواحد، انتهى.

(عن عبد الله بن نسطاس) بكسر النون وسين مهملة ساكنة، المدني مولى كندة، وفي «الاستذكار»[1]: أنه ذهلي[2] تابعي ثقة، قال مصعب: أبوه نسطاس مولى أبي بن خلف أدرك الجاهلية، قال الزرقاني: وعليه فيكون مولى قريش، وقال الحافظ في «تهذيبه»[3]: عبد الله بن نسطاس المدني مولى كندة، روى عن جابر حديث الحلف على المنبر، وقال مسلم: هو مولى آل كثير بن الصلت، وقال غيره: هو أخو عبد الله بن بسطام شيخ الزهري، وقال ابن الحذّاء: كان نسطاس جاهلياً، وهو مولى أبي بن خلف، كذا قال في رجال «الموطأ»، والذي يظهر أن نسطاساً والد عبد الله غير مولى أبي بن خلف، انتهى.

(عن جابر بن عبد الله الأنصاري) الصحابي ابن الصحابي **(أن رسول الله ﷺ قال: من حلف على منبري)**، قال مالك: يريد عند منبري، وهو الآن في موضعه

---

(١) (٢٢/ ٨٣).

(٢) هكذا في الأصل ولكن في «الاستذكار» هذليٌّ.

(٣) «تهذيب التهذيب» (٦/ ٥٦).

....

الذي كان في زمن النبي ﷺ في وسط المسجد، وهو بعيد من القبلة والمحراب، لأنه زيد في المسجد فكانت اليمين عند منبره ﷺ أولى، لأنه موضع مصلاه ﷺ، وأما القبلة والمحراب فشيء بني بعده، قاله الزرقاني[١].

وقال الباجي[٢]: إنما يريد ـ والله أعلم ـ من حلف حانثاً على وجه يأثم به، وإنما ذكر منبره في هذا الحديث على سبيل التعظيم له، والإعلام بتغليظه على من حلف عليه آثماً، وإنما لم يذكر المنبر في الحديث الثاني، فعلم منه أن ذكر المنبر في الحديث الأول على معنى التغليظ، انتهى.

وقال التوربشتي: وجه ذكر المنبر عند من لا يرى التغليظ بشيء من الأزمنة والأمكنة أنهم كانوا يتحاكمون ويتحالفون يومئذٍ في المسجد، فاتخذوا جانب الأيمن منه، وهناك المنبر محلاً للأقضية، فذكر في الحديث على ما كان دأبهم، وقال الطيبي: إن لناصر القول الأول أن يقول: وصف المنبر باسم الإشارة بعد إضافته إلى نفسه ليس إلا للتعظيم، فإن للمكان مدخلاً في التعظيم، كذا في «المحلى».

قلت: وذكر الإشارة وقع في بعض طرق حديث الباب، قال الحافظ[٣]: ورد التغليظ في اليمين على المنبر في حديثين: **أحدهما**: حديث جابر مرفوعاً: «لا يحلف أحد عند منبري هذا على يمين آثمة ولو على سواكٍ أخضر إلا تبوَّأ مقعدَه من النار»، أخرجه مالك وأبو داود والنسائي وابن ماجه، وصححه ابن حبان وابن خزيمة والحاكم وغيرهم، واللفظ الذي ذكرته لأبي بكر بن أبي شيبة.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٤/ ٢).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٢٣٢).

(٣) «فتح الباري» (٥/ ٢٨٥).

آثِماً تَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ».

أخرجه أبو داود: ٢١ ـ كتاب الأيمان والنذور، ٢ ـ باب ما جاء في تعظيم اليمين عند منبر النبيّ ﷺ. وابن ماجه في: ١٣ ـ كتاب الأحكام، ٩ ـ باب اليمين عند مقاطع الحقوق.

ثانيهما: حديث أبي أمامة بن ثعلبة مرفوعاً: «من حلف عند منبري هذا بيمين كاذبة يَسْتَحِلُّ بها مالَ امرىء مسلم، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً»، أخرجه النسائي، ورجاله ثقات، انتهى.

وفيه أن الوارد في الحديث «ولو على سواك أخضر» والقائلون بالتغليظ لم يقولوا بالحلف على المنبر إلا في النصاب، كما تقدم، فهم أيضاً لا يأخذون بهذا الحديث.

(آثماً) بالمد وكسر المثلثة، قال ابن عبد البر: كذا رواه يحيى، ورواه القعنبي وابن القاسم وابن بكير والأكثر عن مالك بسنده بلفظ «من حلف على منبري هذا بيمين آثمة» والمعنى واحد، وفيه اشتراط الإثم، فلا يقع الوعيد إلا مع تعمد الإثم في اليمين، واقتطاع حق المسلم بها، زاد ابن أبي شيبة في هذا الوجه، «ولو على سواك أخضر» **(تبوأ)** بصيغة المضارع في النسخ الهندية، والماضي في المصرية، أي اتّخذ، وأصل البواء مساواة الأجزاء في المكان، يقال: مكان بواء إذا لم يكن نابياً بنازله، وبوأت له مكاناً سوّيته فَتَبَوَّأ، قاله الراغب[١] **(مقعده من النار)** وعيدٌ شديدٌ، يفيد أنه من الكبائر العظيمة.

قال أبو عمر[٢]: مذهبنا أي أهل السنّة في الوعيد أنه لا يتحتم، بل إن شاء الله عزّ وجلّ غفر، وإن شاء عذب؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَن

---

(١) «مفردات القرآن» (ص١٥٨).

(٢) انظر: «الاستذكار» (٢٢/ ٨٤).

١٤٣٦/١١ ـ **وحدّثني** مَالِكٌ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ، عَنْ مَعْبَدِ بْنِ كَعْبٍ السَّلَمِيِّ، عَنْ أَخِيهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ الْأَنْصَارِيِّ، عَنْ أَبِي أُمامةَ؛ ....

يُشْرَكَ بِهِۦ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَٰلِكَ لِمَن يَشَآءُ﴾[١] انتهى.

١٤٣٦/١١ ـ **(مالك عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب)** الجهني **(عن معبد بن كعب السلمي)** بفتحتين نسبة إلى بني سلمة من الأنصار، قال ابن عبد البر: وقول بعض الرواة: عن محمد بن كعب القرظي خطأ، إنما هو معبد بن كعب بن مالك الأنصاري، انتهى.

قلت: لا شك أن محمد بن كعب القرظي خطأ، والظاهر عندي أنه اشتبه بمحمد بن كعب السلمي، فإن مسلماً أخرج حديث الباب برواية إسماعيل بن جعفر عن العلاء عن معبد بهذا السند، ثم أخرجه برواية الوليد بن كثير عن محمد بن كعب أنه سمع أخاه عبد الله بن كعب يحدث أن أبا أُمامة الحارثي حدثه أنه سمع رسول الله ﷺ بمثله، قال الحافظ في «تهذيبه»[٢]: محمد بن كعب بن مالك الأنصاري السلمي روى له مسلم حديث «لا يقتطع رجل مسلم» الحديث، فالحديث للأخوين معاً.

(عن أخيه عبد الله بن كعب بن مالك الأنصاري) قائد أبيه إذ عَمِي **(عن أبي أمامة)** قال النووي[٣]: ليس هو أبا أمامة الباهلي صدي بن عجلان المشهور، بل هذا غيره، واسم هذا إياس بن ثعلبة الأنصاري الحارثي من بني الحارث بن الخزرج، وقيل: إنه بلوي، وهو حليف بني حارثة، وهو ابن أخت أبي بردة بن نيار، هذا هو المشهور في اسمه، وقيل: اسمه عبد الله بن ثعلبة، ويقال: ثعلبة بن عبد الله، انتهى.

---

(١) سورة النساء: الآية ٤٨.

(٢) (٩/٤٢٢).

(٣) «شرح صحيح مسلم» للنووي (١/٢/١٦٠).

أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنِ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ ....

رَدَّه النبي ﷺ من بدر من أجل أمه، فلما رجع وجدها ماتت، فصلى عليها، وتعقب النووي قول أهل السير إنه مات عند انصراف النبي ﷺ من أحد، فصلى عليه.

(أن رسول الله ﷺ قال: من اقتطع) افتعل من القطع **(حق امرىء)**قال النووي: يدخل فيه من حلف على غير مال، كجلد الميتة والسرجين وغير ذلك من النجاسات التي ينتفع بها، وكذا سائر الحقوق، كحدِّ القذف ونصيب الزوجة في القسم وغير ذلك **(مسلم)** قال النووي: التقييد بالمسلم لا يدل على عدم تحريم حق الذمي، بل معناه أن هذا الوعيد الشديد الذي ذكر لمن اقتطع حق المسلم، وأما الذمي، فاقتطاع حقه حرام، لكن ليس يلزم أن تكون فيه هذه العقوبة العظيمة، وهذا كله على مذهب من يقول بالمفهوم، وأما من لا يقول به، فلا يحتاج إلى تأويل، وقال القاضي عياض: تخصيص المسلم لكونهم مخاطبين وعامة المتعاملين في الشريعة، لا أن غير المسلم بخلافه بل حكمه حكمه في ذلك،انتهى.

وقال الزرقاني[1]: اختلف هل قوله: مسلم قيد، فلو اقتطع حق كافر لا يستحق هذا الوعيد، أو ليس بقيد، بل ورد لبيان أن رعاية حق المسلم أشد؛ لأن حرمة حق المسلم أقوى، وقيل: إنما ذكره للدلالة على أن حق الكافر أوجب رعايةً، فإن إرضاء المسلم بإدخاله الجنة يوم القيامة أمر ممكن، فيجوز أن يرضي الله خصمه، فيعفو عن ظالمه، وأما إرضاء الكافر بذلك فغير ممكن، فيكون الأمر صعباً، فإذا كان حق من يتصور الخلاص من ظلمه واجب الرعاية فحق من لا يتصور أولى، انتهى. وقال غيره: جرى على الغالب، وكذلك حكم الذمي والمعاهد.

(١) «شرح الزرقاني» (٤/ ٣).

بِيَمِينِهِ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ. وَأَوْجَبَ لَهُ النَّارَ». قَالُوا: وَإِنْ كَانَ شَيْئاً يَسِيراً يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «وَإِنْ كَانَ قَضِيباً مِنْ أَرَاكٍ. وَإِنْ كَانَ قَضِيباً مِنْ أَرَاكٍ. وَإِنْ كَانَ قَضِيباً مِنْ أَرَاكٍ» قَالَهَا ثَلَاثَ مَرَّاتٍ.

أخرجه مسلم في: ١ ـ كتاب الإيمان، ٥٩ ـ باب وعيد من اقتطع حق مسلم، بيمين فاجرة، بالنار، حديث ٢١٨.

(بيمينه) أي بحلفه الكاذب **(حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار)** قال النووي[1]: فيه الجوابان المتقدمان المتكرران في نظائره، **أحدهما**: أنه محمول على المستحل، فإنه يكفر ويخلد في النار، **والثاني**: فقد استحق النار ويجوز العفو عنه.

(قالوا) أي الصحابة: **(وإن كان)** الحق وصلية **(شيئاً يسيراً يا رسول الله)** ﷺ **(قال: وإن كان)** ذلك الحق **(قضيباً)** فعيل بمعنى مفعول أي غصناً مقطوعاً **(من أراك)** شجر يستاك بقضبانه، الواحدة أراكة **(وإن كان قضيباً من أراك)** وفي رواية: وإن كان سواكاً من أراك **(وإن كان قضيباً من أراك قالها)** أي كررها **(ثلاث مرات)** لزيادة التنفير وشدة الاهتمام لئلا يتهاونوا بالشيء اليسير.

وليس في هذا الحديث عند المصنف ذكر المنبر، ولعله ـ رحمه الله ـ أشار بذكر هذا الحديث إلى تأييد ما اختاره من أن الحلف على المنبر لا يكون في الشيء اليسير، ولذا لم يذكر في هذا الحديث، وبذلك تظهر مناسبة ذكره في باب الحلف على المنبر.

---

(١) «شرح صحيح مسلم» للنووي (١/ ٢/ ١٦١).

(٩) باب جامع ما جاء في اليمين على المنبر

١٤٣٧/ ١٢ ـ قَالَ يَحْيَىٰ: قَالَ مَالِكٌ، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ؛ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا غَطَفَانَ بْنَ طَرِيفٍ الْمُرِيِّ يَقُولُ: اخْتَصَمَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ الْأَنْصَارِيُّ وَابْنُ مُطِيعٍ فِي دَارٍ كَانَتْ بَيْنَهُمَا. إِلَى مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ. وَهُوَ أَمِيرٌ عَلَى الْمَدِينَةِ. فَقَضَى مَرْوَانُ عَلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ بِالْيَمِينِ عَلَى الْمِنْبَرِ. ....

---

(٩) جامع ما جاء في اليمين على المنبر

أي الأحاديث المتفرقة في ذلك

١٤٣٧/ ١٢ ـ **(مالك عن داود بن الحصين)** بمهملتين مصغراً **(أنه سمع أبا غطفان)** بمعجمة فمهملة ففاء مفتوحات **(ابن طريف)** بفتح الطاء وكسر الراء المهملتين **(المري)** بضم الميم وتشديد الراء المهملة **(يقول: اختصم زيد بن ثابت)** الأنصاري الصحابي الشهير **(وابن مطيع)** هو عبد الله بن مطيع بن الأسود العدوي المدني له رؤية، وكان رأس قريش يوم الحرة، وأَمَّره ابن الزبير على الكوفة، ثم قتل معه سنة ٧٣هـ.

قال صاحب «المحلى»: ولد في عهد النبي ﷺ، وذهب به أبوه وكان اسم أبيه العاصي فسماه مطيعاً، انتهى. من رواة البخاري في «الأدب المفرد» ومسلم. **(في دار كانت بينهما)** قال الباجي[1]: واختصامهما في دار لا ندري من الطالب، من المطلوب، ولا هل كانت للطالب بينةٌ أو كيف كان حكمها؟ **(إلى مروان بن الحكم)** الأموي **(وهو أمير على المدينة)** من جهة معاوية **(فقضى)** أي حكم **(مروان)** بن الحكم **(على زيد بن ثابت باليمين)** يحلف **(على المنبر)** أي عنده.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٣٦).

فَقَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: أَحْلِفُ لَهُ مَكَانِي. قَالَ فَقَالَ مَرْوَانُ: لَا وَاللَّهِ إِلَّا عِنْدَ مَقَاطِعِ الْحُقُوقِ. قَالَ فَجَعَلَ زَيْدُ بن ثَابِتٍ يَحْلِفُ أَنَّ حَقَّهُ لَحَقٌّ. وَيَأْبَىٰ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى الْمِنْبَرِ. قَالَ فَجَعَلَ مَرْوَانُ بْنُ الْحَكَمِ يَعْجَبُ مِنْ ذٰلِكَ.

(فقال زيد بن ثابت: أحلف له) أي للخصم **(مكاني)** هذا أي ههنا **(قال)** أبو غطفان: **(فقال مروان: لا)** تحلف **(والله إلا عند مقاطع الحقوق)** أي في المحل الذي تقطع فيه الحقوق، وهو المنبر **(قال)** أبو غطفان: **(فجعل زيد يحلف)** في مكانه **(أن حقه لحق)** ثابت على الخصم **(ويأبى)** زيد **(أن يحلف على المنبر)** قال الباجي: ولم يكن زيد يقول: إنه لا يلزمه ذلك، وإنما كان يمتنع منه إعظاماً له، وقد روي عن عبد الله بن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه كان يكره ذلك، وإن كان صادقاً ويقول: أخشى أن يوافق قدراً، فيقال: إن ذلك ليمينه، انتهى.

وقال مالك: كره زيد صبر اليمين، وقال الشافعي: بلغني أن عمر ـ رضي الله عنه ـ حلف على المنبر في خصومة كانت بينه وبين رجل، وأن عثمان ردّت عليه اليمين على المنبر، فافتدى منها، وقال: أخاف أن توافق قدر بلاء، فيقال بيمينه، قاله الزرقاني[1]، قلت: ما حكي عن عمر وعثمان ـ رضي الله عنهما ـ يخالفه ما تقدم عنهما في أول الباب.

(قال) أبو غطفان: **(فجعل مروان بن الحكم يعجب من ذلك)** أي من امتناع زيد الحلف على المنبر مع حلفه في محله على صدق دعواه.

قال الموفق[2]: وأما قصة مروان، فمن العجب احتجاجهم بها وذهابهم إلى قول مروان في قضية خالفه زيد فيها، وقول زيد فقيه الصحابة وقاضيهم

---

(١) «شرح الزرقاني» (٤/ ٤).

(٢) «المغني» (١٤/ ٢٢٧).

....

وأفرضهم أحق أن يحتج به من قول مروان، فإن قول مروان لو انفرد ما جاز الاحتجاج، فكيف يجوز الاحتجاج به على مخالفة إجماع الصحابة، وقول أئمتهم وفقهائهم، ومخالفة فعل النبي ﷺ، وإطلاق كتاب الله؟ وهذا لا يجوز، انتهى.

وقال الشافعي رحمه الله: واليمين على المنبر مما لا خلاف فيه عندنا في قديم ولا حديث، فعاب قولنا هذا عائبٌ، ترك فيه موضع حجتنا بسنّة رسول الله ﷺ والآثار بعده عن الصحابة، وزعم أن زيد بن ثابت لا يرى اليمين على المنبر، وإنا روينا عنه ذلك، وخالفناه إلى قول مروان، فما منع زيد لو لم يعلم أن اليمين على المنبر حق أن يقول: مقاطع الحقوق مجلس الحكم، وقد قال له أعظم من هذا. أتحل الربا يا مروان؟ فقال: أعوذ بالله، قال: فالناس يتبايعون الصكوك قبل أن يقبضوها، فبعث مروان الحرس ينتزعونها من أيدي الناس، فإذا لم ينكر مروان على زيد هذا، فكيف ينكر عليه في نفسه، أن يقول: لا يلزمني اليمين على المنبر، لقد كان زيد من أعظم أهل المدينة عند مروان، وأرفعهم منزلة، ولكن علم زيد أن ما قضى به مروان حق، وكره أن تصبر يمينه[1]، انتهى.

وفيه أن زيداً إن زعم أن ما قال مروان حق ثابت بالسنّة، فإنكاره على قبوله مع حلفه في مكانه مما لا يقبل، ولذا ترجم البخاري على هذه القصة، «باب يحلف المدعى عليه حيثما وجبت عليه اليمين. ولا يصرف من موضع إلى غيره».

قال الحافظ[2]: كأنّ البخاري احتجّ بأن امتناع زيد بن ثابت من اليمين

(١) انظر: «شرح الزرقاني» (٤/ ٤).

(٢) «فتح الباري» (٥/ ٢٨٥).

قَالَ مَالِكٌ: لَا أَرَى أَنْ يُحَلَّفَ أَحَدٌ عَلَى الْمِنْبَرِ، عَلَى أَقَلَّ مِنْ رُبُعِ دِينَارٍ. وَذٰلِكَ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ.

على المنبر يدل على أنه لايراه واجباً، والاحتجاج بزيد بن ثابت أولى من الاحتجاج بمروان، وقد جاء عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ نحو ذلك، فروى أبو عبيد في «كتاب القضاء» بإسناد صحيح عن نافع أن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ كان وصي رجل، فأتاه رجل بصك، قد درست أسماء شهوده، فقال ابن عمر: يا نافع! اذهب به إلى المنبر، فاستحلفه، فقال الرجل: يا ابن عمر! أتريد أن تسمع بي الذي يسمعني هنا، فقال ابن عمر: صدق فاستحلفه مكانه.

وقد وجدت لمروان سلفاً في ذلك، فأخرج الكرابيسي في «أدب القضاء» بسند قوي إلى سعيد بن المسيب قال: ادَّعَى مدعٍ على آخر أنه اغتصب له بعيراً، فخاصمه إلى عثمان، فأمره عثمان ـ رضي الله عنه ـ أن يحلف عند المنبر، فأبى، وقال: أحلف له حيث شاء غير المنبر، فأبى عليه عثمان أن لا يحلف إلا عند المنبر، فغرم له بعيراً مثل بعيره ولم يحلف، انتهى.

(قال مالك: لا أرى أن يُحَلَّف) ببناء المجهول من التحليف **(أحد على المنبر على أقل من ربع دينار، وذلك)** أي ربع الدينار **(ثلاثة دراهم)** فلا يُحَلَّفُ على أقل من ثلاثة دراهم، وذلك لما تقدم في أول الباب الماضي أن الجمهور من الذين قالوا بالتغليظ اتفقوا على أنه لا يغلظ في القليل التافه، واختلفوا في مقداره، وهذا الذي ذكر مذهب الإمام مالك، وقال الشافعي رحمه الله: لا يحلف على أقل من عشرين ديناراً، وقال داود وابن حزم: يُغَلَّظُ في القليل والكثير.

وقال العيني[1]: روى ابن جريج عن عكرمة قال: أبصر عبد الرحمن بن

---

(١) «عمدة القاري» (٩/ ٥٥٤).

(١٠) باب ما لا يجوز من غلق الرهن

عوف ـ رضي الله عنه ـ قوماً يحلفون بين المقام والبيت، فقال: أعليّ دم؟ قيل: لا، قال: أفِعْلِي عظيم من المال؟ قال: لا، قال: خشيت أن يتهاون الناس بهذا المقام، قال: ومنبر النبي ﷺ في التعظيم مثل ذلك؛ لما ورد فيه من الوعيد على من حلف عنده بيمين كاذبة، انتهى.

(١٠) ما لا يجوز من غلق الرهن

هو بتسكين الهاء توثيق الدين بالعين، وهو حبس المال توثيقاً لاستيفاء الدين، والرهن محركاً المرهون، كذا في «المحلى»، وقال الراغب[١]: الرهن ما يوضع وثيقة للدين، والرهان مثله، لكن يختص بما يوضع في الخطار، وأصلهما مصدر، يقال: رهنت الرهن وراهنته رهاناً، فهو رهين، ومرهون، ويقال في جمع الرهن: رِهَانٌ ورُهُنٌ ورُهُونٌ، انتهى.

وفي «المجمع»: الرهينة الرهن، ثم استعملا في معنى المرهون.

وقال الموفق[٢]: الرهن في اللغة: الثبوت والدوام، يقال: ماء راهن أي راكد، وقيل: هو من الحبس، وفي الشرع: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه، انتهى.

وقال ابن عابدين: الرهن لغة: حبس الشيء بأيّ سبب كان، قال تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ أي مرهونة، ويطلق الرهن على المرهون تسمية للمفعول بالمصدر، وشرعاً: حبس شيء مالي بحق مالي يمكن استيفاؤه منه، انتهى.

وأما غلقه، فقد قال الجوهري وغيره: غلق الرهن بغين معجمة مفتوحة

(١) «مفردات القرآن» (ص٣٦٧).
(٢) «المغني» (٩/ ٤٤٣).

١٤٣٨/ ١٣ ـ قَالَ يَحْيَىٰ: **حدّثنا** مَالِكٌ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بنِ الْمُسَيَّبِ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: ....

ولام مكسورة وقاف يغلق بفتح أوله واللام غلقا بفتح الغين واللام أي استحقه المرتهن إذا لم يفتك في الوقت المشروط.

قال الباجي[١]: غلق الرهن معناه أن لا يفك، يقال: غلق الرهن إذا لم يفك، فمعنى الترجمة أنه لا يجوز أن يعقد الرهن على وجه يؤول إلى المنع من فكه، انتهى.

وقال أبو عبيد: لا يجوز لغةً غلق الرهن إذا ضاع، إنما يقال: غلق إذا استحقه المرتهن، فذهب به، وكان هذا من فعل الجاهلية أن الراهن إذا لم يؤد ما عليه في الوقت المعين ملك المرتهن الرهن، فأبطله الإسلام، كذا في «النهاية». وفي «المغني»: غلق الرهن استحقاق المرتهن إياه لعجز الراهن عن فكاكه، انتهى.

١٤٣٨/ ١٣ ـ **(مالك عن ابن شهاب)** الزهري **(عن سعيد بن المسيب)** التابعي الشهير **(أن رسول الله ﷺ قال)** قال ابن عبد البر[٢]: أرسله رواة «الموطأ» إلا معن بن عيسى، فوصله عن أبي هريرة، ومعن ثقة، لكن أخشى أن علي بن عبد الحميد روايه عن مجاهد بن موسى عن معن أخطأ في وصله، لكن تابعه أبو بكر بن جعفر عن مجاهد، والأصح إرساله، وإن وصل من جهات كثيرة، فكلها معللة، وزاد فيه بعض الرواة: له غنمه وعليه غرمه، واختلف في رفع هذه الزيادة، وأنها من كلام ابن المسيب، انتهى.

قلت: وبسط الزيلعي في «نصب الراية»[٣] في تخريج هذا الحديث،

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٣٩).

(٢) انظر: «التمهيد» (٦/ ٤٢٥، ٤٢٦).

(٣) (٤/ ٣١٩).

«لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ».

ورَجَّحَ وصله، وذكر جماعة رواةٍ ذكروه موصولاً، وذكر الاختلاف في رفع الزيادة، ووقفها على ابن المسيب، فراجعه، وقال في آخر البحث: قال صاحب «التنقيح»: وقد صَحَّحَ اتصالَه الدارقطنيُّ وابنُ عبد البر وعبدُ الحق، وقد رواه أبو داود في «المراسيل» من رواية مالك وابن أبي ذئب والأوزاعي وغيرهم عن الزهري عن سعيد بن المسيب، وكذلك رواه الثوري وغيره عن ابن أبي ذئب مرسلاً، وهو المحفوظ، وزاد ابن الجوزي في «التحقيق» في متن هذا الحديث، قال إبراهيم النخعي: كانوا يرهنون، ويقولون: إن جئتك بالمال إلى وقت كذا وإلا فهو لك، فقال النبي ﷺ ذلك، انتهى.

(لا يغلق الرهن) بفتح الياء واللام، والرواية برفع القاف على الخبر أي لا يذهب ويتلف باطلاً، وذكر صاحب «الدر المنضد» أن «لا» نافية، أو ناهية، فعليه تكسر القاف، لكنه لم يفصح بأنه روي بالوجهين، وقد أفصح أبو عمر بأن الرواية بالرفع خبر، وهو أبلغ في النهي من صريح النهي، قاله الزرقاني[١]، وضبطه بالقلم في «موطأ محمد»[٢] ببناء المجهول، وفي «المحلى»: برفع القاف على الخبر، يقال: غلق الرهن غلوقاً إذا بقي في يد المرتهن لا يقدر راهنه على تخليصه، والمعنى لا يستحقه المرتهن إذا لم يستفكه، انتهى.

وفي «المجمع» عن الطيبي: لا يغلق الرهن الرهن من صاحبه الذي رهنه هو بفتح ياء ولام، والرهن الأول مصدر، والثاني مفعول أي لا يستحقه مرتهنه إذا لم يؤد الراهن ما يرهنه به، وضمن غلق معنى منع أي لا يمنع الرهن المرهون من تصرف مالكه فيه، فله غنمه أي منافعه، وعليه غرمه أي هلاكه ونقصه، انتهى.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٤/ ٥).

(٢) انظر: «موطأ محمد مع التعليق الممجد» (٣/ ٣٤٢).

قَالَ مَالِكٌ: وَتَفْسِيرُ ذٰلِكَ، فِيمَا نُرَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ، أَنْ يَرْهَنَ الرَّجُلُ الرَّهْنَ عِنْدَ الرَّجُلِ بِالشَّيْءِ. وَفِي الرَّهْنِ فَضْلٌ عَمَّا رُهِنَ بِهِ. فَيَقُولُ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ: إِنْ جِئْتُكَ بِحَقِّكَ، إِلَى أَجَلٍ يُسَمِّيهِ لَهُ. وَإِلَّا فَالرَّهْنُ لَكَ بِمَا رُهِنَ فِيهِ.

قَالَ: فَهٰذَا لَا يَصْلُحُ وَلَا يَحِلُّ. وَهٰذَا الَّذِي نُهِيَ عَنْهُ، وَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ بِالَّذِي رَهَنَ بِهِ بَعْدَ الْأَجَلِ، فَهُوَ لَهُ. وَأُرَى هٰذَا الشَّرْطَ مُنْفَسِخاً.

(قال مالك: وتفسير) أي توضيح **(ذلك)** الذي ذكر من قوله ﷺ **(فيما نرى)** بضم النون أي نظن **(والله أعلم)** بمراد نبيه ﷺ **(أن يرهن الرجل)** الراهن **(الرهن)** بمعنى المرهون، وهو الذي يرتهن به **(عند الرجل)** المرتهن **(بالشيء)** أي بعوض شيء كالدين مثلاً **(وفي الرهن)** بمعنى المفعول **(فضل)** أي زيادة **(عما رهن به)** أي عن الذي رهن بعوضه مثلاً أخذ الراهن مائة دينار ديناً ورهن فرساً قيمته مائتا دينار، وأجل لأداء الدين شهرين **(فيقول الراهن للمرتهن: إن جئتك بحقك)** أي أديت إليك مائة دينار **(إلى أجل يسميه له)** أي إلى الشهرين في مثالنا فأخذت فرسي عنك **(وإلا)** أي إن لم أقض مائة دينار إلى شهرين **(فالرهن)** أي المرهون، وهو الفرس المذكور **(لك)** تملكه **(بما رهن فيه)** أي بعوض مائة دينار.

(قال) مالك: **(فهذا)** الشرط **(لا يصلح ولا يَحِلُّ)** عطف تفسير **(وهذا الذي نُهِيَ عنه)** ببناء المفعول ضبطه الزرقاني، ويحتمل ببناء الفاعل أي رسول الله ﷺ في الحديث المذكور سابقاً **(وإن جاء صاحبه)** أي الراهن **(بالذي رهن به)** أي بعوضه وهو مائة دينار **(بعد الأجل)** أي بعد الشهرين في مثالنا **(فهو له)** أي الفرس المذكور للراهن يستوفيه من المرتهن **(وأرى هذ الشرط)** المذكور **(منفسخاً)** أي لا عبرة به.

قال الزرقاني(١): وبنحوه فسره طاووس والنخعي وشريح القاضي والثوري

---

(١) «شرح الزرقاني» (٤/ ٥).

....

والزهري وأبو عبيد، انتهى. وبه فسره محمد في «موطئه»[١] إذ قال: وبهذا نأخذ، وتفسير قوله: «لا يغلق الرهن» أن الرجل كان يرهن الرهن عند الرجل فيقول له: إن جئتك بمالك إلى كذا وكذا وإلا فالرهن لك بمالك، قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن»، ولا يكون للمرتهن بماله، وكذلك نقول: وهو قول أبي حنيفة، وكذلك فسره مالك بن أنس، انتهى. وذكر الطحاوي «في الآثار» عمن قال بهذا التفسير، وبهذا فسره الإمام أحمد.

قال الموفق[٢]: إن شرط أنه متى حل الحقُّ ولم يُوَفِّنِي، فالرهن لي بالدين، أو هو مبيعٌ لي بالدين الذي عليك، فهو شرطٌ فاسدٌ، روي ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، ولا نعلم أحداً خالفهم، والأصل فيه ما روي عنه ﷺ «لا يغلق الرهن» رواه الأثرم، وقال: قلت لأحمد: ما معنى قوله: «لا يغلق الرهن»؟ قال: لا يدفع رهناً إلى رجل، ويقول: إن جئتُك بالدراهم إلى كذا وكذا، وإلَّا فالرهنُ لك. قال ابن المنذر: هذا معنى قوله: «لا يغلق الرهن» عند مالك والثوري وأحمد، انتهى.

وفي «التعليق الممجد»[٣]: استدل بهذا الحديث جمعٌ من العلماء على أن الرهن إذا هلك في يد المرتهن لا يضيع بالدين، بل يجب على الراهن أداء دينه، ورده الطحاوي في «شرح معاني الآثار» بأنه قال أهل العلم في تأويله غير ما ذكرت، ثم أخرج عن إبراهيم بنحو تفسير مالك المذكور، وأخرج عن طاووس وابن المسيب ومالك مثل ذلك، فعُلِمَ أن الغلق المذكور في الحديث هو الغلق بالبيع، لا بالضياع، انتهى مختصراً.

---

(١) «موطأ محمد مع التعليق الممجد» (٣/ ٣٤٣).

(٢) «المغني» (٦/ ٥٠٧).

(٣) (٣/ ٣٤٣).

....

وتوضيح ذلك ما قال الموفق[١]، من أنه إذا تعدّى المرتهنُ في الرهن، أو فَرَّطَ في الحفظ حتى تلف، فإنه يضمن لا نعلم في وجوب الضمان عليه خلافاً؛ لأنه أمانة عنده، فلزمه ضمانه إذا تلف بتعدّيه أو تفريطه، وأما إن تلف بغير تعدٍّ منه، ولا تفريط، فلا ضمان عليه، وهو من مال الراهن، يروى ذلك عن علي، وبه قال عطاء والزهري والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر، ويروى عن شريح والنخعي والحسن أن الرهن يضمن بجميع الدين، وإن كان أكثر من قيمته؛ لأنه روي عن النبي ﷺ «الرهن بما فيه».

وقال مالك: إن كان تلفه بأمر ظاهر كالموت والحريق فمن ضمان الراهن، وإن ادّعى تلفه بأمر خفي لم يقبل قوله وضمن، وقال الثوري وأصحاب الرأي: يضمنه المرتهن بأقل الأمرين من قيمته، أو قدر الدين، ويروى ذلك عن عمر بن الخطاب، واحتجُّوا بما روى عطاء أن رجلاً رهن فرساً فنفق عند المرتهن، فجاء إلى النبي ﷺ، فأخبره بذلك، فقال: «ذهب حقك»، ولأنها عين مقبوضة للاستيفاء، فيضمنها من قبضها لذلك، ولأنه محبوس بدين، فكان مضموناً كالمبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه.

ولنا، ما روى ابن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه» رواه الأثرم، ورواه الشافعي بلفظ «الرهن من صاحبه الذي رهنه وباقيه سواء»، انتهى.

وترجم الطحاوي في «شرح معاني الآثار»[٢]: «باب الرهن يهلك في يد المرتهن كيف حكمه»، وأخرج فيه حديث ابن المسيب المذكور، ثم قال: فقال قائل: ثبت بذلك أن الرهن لا يضيع بالدين، وأن لصاحبه غنمه، وهو سلامته،

(١) «المغني» (٦/ ٥٢٢).

(٢) (٢/ ٢٥٣).

(١١) باب القضاء في رهن الثمر والحيوان

وعليه غرمه، وهو غرم الدين بعد ضياع الرهن، وهذا تأويل قد أنكره أهل العلم جميعاً باللغة، وزعموا أن لا وجه له عندهم، ثم بسط الكلام في الباب، وحكى التفسير الذي ذكره الإمام مالك عن إبراهيم النخعي وغيره.

وقال الباجي[١] في قوله: «من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»: معناه عند مالك وأصحابه له غلته، وخراج ظهره، وأجرة عمله، وعليه غرمه أي نفقته، وليس يريد به الهلاك والمصيبة؛ لأن الغنم إذا كان الخراج والغلة كان الغرم ما قابل ذلك من النفقة، وهو نحو ما روي عنه ﷺ أنه قال: «الرهن محلوب ومركوب» أي غلته لربه ونفقته عليه، وقد رأيت للشيخ أبي إسحاق نحو هذا التفسير، ولا يجوز ذلك للمرتهن؛ لأنه زيادة في القرض، وعوض مجهول في المبايعة.

وقال الشيخ أبو بكر: معنى قوله: له غنمه، أي منفعته، ولم يُرِد مِلْكَه؛ لأن الملك لم يزل عن الراهن، وغرمه أي نفقته وتلفه إذا ثبت تلفه من الراهن.

وقال بعض المالكيين: معنى قوله: «له غنمه» أي رجوعه إليه، ويرجع رب الحق عليه بحقه، وذلك معنى قوله: «أن غرمه عليه» يريد أن الغرم الذي رهن من أجله عليه كما كان رجوع الرهن إليه، والله أعلم، انتهى. وسيأتي شيء من ذلك في «باب القضاء في الرهن من الحيوان».

(١١) القضاء في رهن الثمر والحيوان

يعني إذا رهن أحد شجراً أو حائطاً هل يكون ثمره أيضاً داخلاً في الرهن أم لا؟ وكذا إذا رهن حيواناً فلمن يكون فوائده للراهن أو المرتهن؟.

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٤٠).

قَالَ يَحْيَىٰ: سَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ، فِيمَنْ رَهَنَ حَائِطاً لَهُ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى، فَيَكُونُ ثَمَرُ ذٰلِكَ الْحَائِطِ قَبْلَ ذٰلِكَ الْأَجَلِ: إِنَّ الثَّمَرَ لَيْسَ بِرَهْنٍ مَعَ الْأَصْلِ. إِلَّا أَنْ يَكُونَ اشْتَرَطَ ذٰلِكَ، الْمُرْتَهِنُ فِي رَهْنِهِ. وَإِنَّ الرَّجُلَ إِذَا ارْتَهَنَ جَارِيَةً وَهِيَ حَامِلٌ. أَوْ حَمَلَتْ بَعْدَ ارْتِهَانِهِ إِيَّاهَا: إِنَّ وَلَدَهَا مَعَهَا.

قَالَ مَالِكٌ: وَفُرِقَ بَيْنَ الثَّمَرِ وَبَيْنَ وَلَدِ الْجَارِيَةِ. أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ ....

(قال مالك في من رهن حائطاً) أي بستاناً **(له إلى أجل مسمى)** أي إلى سنة مثلاً **(فيكون)** أي يوجد ويظهر **(ثمر ذلك الحائط قبل ذلك الأجل)** أي قبل تمام السنة، فقال مالك في ذلك: **(إن الثمر ليس برهن)** أي لا يكون رهيناً **(مع الأصل)** قال الزرقاني[1]: سواء حدثت أو كانت موجودة عند الرهن، مزهية أو غير مزهية **(إلا أن يكون)** المرتهن.

(اشترط ذلك) أي كون الثمر أيضاً رهيناً **(المرتهن)** اسم يكون **(في رهنه)** متعلق باشترط أي فيكون داخلاً باشتراط المرتهن **(وإن الرجل إذا ارتهن الجارية)** مثلاً **(وهي حامل)** وفي حكمها الحيوان كله **(أو حملت)** الجارية **(بعد ارتهانه إياها)** أي حملت بعد ما صارت مرهونة ثم ولدت الجارية **(إنّ ولدها)** أيضاً يكون رهناً **(معها)** أي مع الجارية اشترطه المرتهن أو لا.

(قال: وفُرِقَ) ببناء المجهول على ما ضبط بالقلم في النسخ المصرية، والأوجه عندي ببناء الفاعل وفاعله قوله: أن رسول الله ﷺ قال إلخ **(بين الثمر)** إذ لم يلحق مع الأصل **(وبين ولد الجارية)** إذ لحق بها في الرهن يعني وجه الفرق بينهما **(أن رسول الله ﷺ قال)** كما تقدم مسنداً في البيوع **(من باع نخلاً قد**

---

(١) «شرح الزرقاني» (٤/ ٦).

أُبِّرَتْ فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ. إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ».

قَالَ: وَالْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا: أَنَّ مَنْ بَاعَ وَلِيدَةً، أَوْ شَيْئاً مِنَ الْحَيَوانِ، وَفِي بَطْنِهَا جَنِينٌ. أَنَّ ذٰلِكَ الْجَنِينَ لِلْمُشْتَرِي. اشْتَرَطَهُ الْمُشْتَرِي أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ. فَلَيْسَتِ النَّخْلُ مِثْلَ الْحَيَوانِ. وَلَيْسَ الثَّمَرُ مِثْلَ الْجَنِينِ فِي بَطْنِ أُمِّهِ.

أبرت) ببناء المجهول من التأبير **(فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع)** فجعله النبي ﷺ للبائع، وجعله للمشتري بالشرط.

(قال مالك) هكذا في النسخ الهندية وأكثر المصرية وليس في بعضهما هذا اللفظ، وهو الأوجه؛ لأن الكلام الآتي جزء لما سبق داخل في وجه الفرق **(والأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أن من باع وليدة)** أي أمة **(أو شيئاً من الحيوان)** كالإبل والغنم **(وفي بطنها)** أي في بطن الأمة وفي حكمها سائر الحيوان **(جنينٌ)** عند البيع **(أن ذلك الجنين)** يدخل في البيع تبعاً، ويكون **(للمشتري)** سواء **(اشترطه المشتري أو لم يشترطه)** يعني يدخل في البيع بدون الاشتراط أيضاً **(فليست النخل مثل الحيوان)** لافتراق حكميهما في أن الثمر لا يدخل في البيع بدون الشرط، والجنين يدخل فيه بدون الشرط أيضاً **(وليس الثمر مثل الجنين)** الذي **(في بطن أمه)** لما عرفت من وجه الفرق بينهما، زاد في «الموازية»: ولو شرط أن الأمة رهن دون ما تلده لم يجز.

قال الباجي[١]: وذلك أن النماء من الرهن على ضربين: **أحدهما**: أن يكون من غير جنس الأول، كثمرة النخل وعسل النحل وغلة الزرع والرباع وغلة العبيد وسائر الحيوان، فهذا كله لا يكون رهناً مع الأصل ما حدث منه بعد عقد الرهن، فأما الثمرة فسواء حدثت بعد العقد أو كانت موجودة حين الرهن مزهية أو غير مزهية، قاله ابن القاسم وأشهب. وقال أبو حنيفة

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٤٠).

....

والثوري: إن اللبن والصوف وثمر النخل والشجر وما حدثت من ذلك بعد الرهن فهو في الرهن، وكذلك الغلة والخراج، والدليل على ما نقوله أنه نماء حادث من غير جنس الأصل، فلم يتبعه في عقد الرهن أصل ذلك مال العبد.

والنوع الثاني: وهو ما كان من النماء من جنس الأصل كالولد، زاد الشيخ أبو القاسم: وفراخ النخل، والشجر، فإن جميع ما تلده الأمة بعد عقد الرهن يكون رهناً معها دون الشرط، خلافاً للشافعي، ولو شرط في الأمة أنها رهن دون ما تلده لم يجز ذلك، قاله مالك في «المدونة»، وقال في «المجموعة»: لا يرتهن الجنين دون الأم، وليس الولد كالثمرة، وقال أحمد بن ميسر: يجوز أن يرتهن ما تلده هذه الجارية أو هذه البقرة أو هذه الغنم، كما يرتهن العبد الآبق، فإذا ولدت الغنم كان الولد رهناً، وقاله الشيخ أبو القاسم في «تفريعه»، انتهى.

وقال الموفق[١]: غلة الدار وخدمة العبد وحمل الشاة وغيرها من الرهن، وجملة ذلك أن نماء الرهن جميعه، وغلاته تكون رهناً، كالأصل، وإذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين بِيْع مع الأصل سواء في ذلك المتصل كالسمن، والمنفصل كالكسب والأجرة والولد والثمر واللبن والصوف والشعر، وبنحو هذا قال النخعي والشعبي. وقال الثوري وأصحاب الرأي: في النماء يتبع؛ لأن الكسب في حكم الكتابة والاستيلاد والتدبير، فلا يتبع في الرهن، كأعيان مال الراهن.

وقال مالك: يتبع الولد في الرهن خاصة دون سائر النماء؛ لأن الولد يتبع الأصل في الحقوق الثابتة، كولد أم الولد، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر: لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل ولا من الكسب؛ لأنه حق تعلق بالأصل يستوفى من ثمنه، فلا يسري إلى غيره كحق الجناية.

---

(١) «المغني» (٦/ ٥١٣).

قَالَ مَالِكٌ: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذٰلِكَ أَيْضاً: أَنَّ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ أَنْ يَرْهَنَ الرَّجُلُ ثَمَرَ النَّخْلِ. وَلَا يَرْهَنُ النَّخْلَ. وَلَيْسَ يَرْهَنُ أَحَدٌ مِنَ النَّاسِ جَنِيناً فِي بَطْنِ أُمِّهِ. مِنَ الرَّقِيقِ. وَلَا مِنَ الدَّوَابِّ.

(١٢) باب القضاء في الرهن من الحيوان

قال الشافعي: ولو رهنه ماشية مخاضاً فنتجت، فالنتاج خارج من الرهن وخالفه أبو ثور وابن المنذر، ومن حجتهم أيضاً قول النبي ﷺ: «الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه»[1]، والنماء غنم، فيكون للراهن، ولنا، أنه حكم ثابت في العين بعقد المالك، فيدخل فيه النماء، والمنافع، والحديث نقول به، وأن غنمه ونماءه للراهن، لكن يتعلق به حق الرهن كالأصل، فإنه للراهن، والحق متعلق به، انتهى.

(قال مالك: ومما يبين ذلك أيضاً) أي مما يوضح الفرق بين الثمر والجنين **(أن من أمر الناس)** المعروف بينهم **(أن يرهن الرجل ثمر النخل)** خاصة **(ولا يرهن النخل)** مع الثمر **(وليس يرهن أحد من الناس جنيناً)** يكون **(في بطن أمه من الرقيق ولا من الدواب)** وذلك لأنهم قالوا: كل عين جاز بيعها جاز رهنها؛ لأن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الراهن إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها، وقد عرفت في ما سبق في أبواب البيوع أن بيع الثمر دون الشجر جائز شائع، وبيع الجنين في بطن أمه لا يجوز لقوة الغرر في ذلك.

(١٢) القضاء في الرهن من الحيوان

يعني إذا رهن شيئاً من الحيوان، فمات عند المرتهن، فكيف يكون القضاء فيه؟

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٥١)، والدارقطني في «سننه» (٣/ ٣٣).

قَالَ يَحْيَىٰ: سَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ: الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا فِي الرَّهْنِ: أَنَّ مَا كَانَ مِنْ أَمْرٍ يُعْرَفُ هَلَاكُهُ مِنْ أَرْضٍ أَوْ دَارٍ أَوْ حَيَوانٍ. فَهَلَكَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ. وَعُلِمَ هَلَاكُهُ. فَهُوَ مِنَ الرَّاهِنِ. وَإِنَّ ذٰلِكَ لَا يَنْقُصُ مِنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ شَيْئاً. ....

(قال مالك: الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا في) مسألة **(الرهن أنه)** أي الشأن **(ما كان من أمر)** أي شيء **(يعرف)** ببناء المجهول **(هلاكه)** أي يكون هلاكه معروفاً معلوماً عند الناظرين **(من أرض أو دار أو حيوان)** قال الباجي[١]: يريد أن يكون ذلك غالب أمره أن ضياعه يعرف ويشتهر، ولا يغاب عليه كالأرض والدور والحيوان، فإن هذا لا يمكن إخفاؤه بالمغيب عليه والستر له، قال مالك: وكذلك الزرع والثمرة في رؤوس النخل **(فهلك في يدي المرتهن وعلم هلاكه فهو من)** ضمان **(الراهن)**.

قال الزرقاني[٢]: وكذلك إذا ادّعى إباق العبد وهروب الحيوان، فلا ضمان ما لم يتبين كذبه، كدعواه ذلك بحضرة عدول، فأنكروه **(وإن ذلك)** أي هلاك ما تقدم ذكره **(لا ينقص)**ولا يضيع **(من حق المرتهن شيئاً)**.

قال الباجي[٣]: يريد أن حق المرتهن على الراهن بكماله لا ينقص منه، لأجل ما ذهب من الرهن بيده وبه قال الأوزاعي، ورواه يحيى بن أبي كثير عن علي ـ رضي الله عنه ـ وقال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة: الرهن كله من ضمان المرتهن. وروى القاضي أبو الفرج عن ابن القاسم فيمن ارتهن نصف عبد، وقبضه كله، وتلف عنده، أنه لا يضمن إلا نصفه، وهذا موافق لما قاله أبو حنيفة في ضمان المرتهن لما لا يغاب عليه، إلا أنه عند أبي حنيفة مضمون بقدر الدين لا قيمته.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٤٢).

(٢) «شرح الزرقاني» (٤/ ٧).

(٣) «المنتقى» (٥/ ٢٤٣).

وَمَا كَانَ مِنْ رَهْنٍ يَهْلِكُ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ. فَلَا يُعْلَمُ هَلَاكُهُ إِلَّا بِقَوْلِهِ. فَهُوَ مِنَ الْمُرْتَهِنِ. وَهُوَ لِقِيمَتِهِ ضَامِنٌ ....

وقد قال في «كتاب ابن المواز»: قلت: في أيّ موضع يكون الرهن بما فيه إن ضاع؟ فقال: فيما يغاب عليه، ولا يعلم له قيمة ولا صفة بقول الراهن ولا المرتهن ولا غيرهما، فهذا لا طلب لأحدهما على الآخر، وقد كان القياس يحتمل أن يجعل قيمته من أدنى الرهن، وقد ذكر لي ذلك عن أشهب وما قلت لك أولاً هو قول العلماء، وأحقه، بحديث النبي ﷺ «الرهن بما فيه»، قال أبو الزناد: وفي الحديث «إذا عميت قيمته»، وهذا الذي ذكره لا يثبت عن النبي ﷺ فيه شيء، ولا له أصل، وإنما هو قول جماعة من الفقهاء: إن الرهن يضمن منه قدر الدين، وما زاد على ذلك من قيمته، فهو أمانة، وهو قول ابن أبي ليلى والثوري وأبي حنيفة، وروي عن محمد بن الحنفية عن علي.

وما روي فوق هذا من قول أصحابنا في معنى قوله: «الرهن بما فيه» هو قول الفقهاء السبعة إنما ذلك إذا جهلت صفاته، ولم يدَّعِ معرفة ذلك راهنٌ، ولا مرتهنٌ، وهو قول الليث بن سعد، وبلغني عن عليّ بن أبي طالب، وقد قال مالك: الرهن بما فيه إذا ضاع عند المرتهن ما يغاب عليه، وكانت قيمته بقدر الدين، انتهى.

(قال مالك) هكذا في بعض النسخ المصرية، وليس في أكثرها، ولا في النسخ الهندية، والأولى حذفه؛ لأن الكلام الآتي في نسق الكلام السابق، **(وما كان من رهن يهلك في يدي المرتهن فلا يعلم هلاكه إلا بقوله)** أي بقول المرتهن كثياب وعروض وعين وحلي وكل ما يكال أو يوزن مما يغاب عليه، قاله الزرقاني[(١)] **(فهو من المرتهن)** قال عنه ابن القاسم، إلا أن تقوم ببينة هلاكه فلا يضمن، قاله الزرقاني **(وهو)** أي المرتهن **(لقيمته ضامن)** أي حيث لا بينة.

(١) «شرح الزرقاني» (٣/ ٧).

....

قال الباجي[١]: قوله: وما كان من رهن إلخ يريد أنه مما يغاب عليه ولا يكاد أن يعلم هلاك ما كان من جنسه، إلا بقول من هو بيده كالثياب والعروض والعنبر والحلي والطعام وغير ذلك مما يكال أو يوزن، فهذا إذا ضاع بيد المرتهن، فلا يخلو أن تقوم بضياعه بينة، أو لا، فإن قامت به بينة فعن مالك في ذلك روايتان: **إحداهما**: أنه لا يضمن، وبها قال ابن القاسم وعبد الملك وأصبغ، واختارها ابن المواز. **والثانية**: يضمن في الرهن والعارية، وهو مذهب الأوزاعي في الرهن، وبه قال أشهب، ثم بسط في وجه الروايتين والفروع في ذلك.

ثم قال: وأما إن تلف بغير بينة فلا خلاف في المذهب في أنه مضمون، خلافاً لسعيد بن المسيب والزهري وعمرو بن دينار في قولهم: إن الرهن كله أمانة ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، وبه قال الشافعي، ثم أي وقت يراعى في قيمته؟ في «العتبية» من رواية عيسى، عن ابن القاسم: يضمن قيمته يوم الضياع، وقال في موضع آخر: يضمن قيمته يوم ارتهنه، وهذا إذا لم يقوم الرهن يوم الارتهان، وأما لو قوم الرهن بعشرة دنانير، فضاع فتلك القيمة تلزمه، إلا أن يكونا قد زادا في قيمته أو نقصا، فيرد إلى قيمته، انتهى مختصراً.

وقال ابن رشد[٢]: وأما تفريق مالك بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان، ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه، وقد اختلف في الاستحسان الذي يذهب إليه مالك كثيراً، فضعفه قوم، وقالوا: إنه مثل استحسان أبي حنيفة، وحدّوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل، ومعنى الاستحسان عند مالك، هو جمع بين الأدلة المتعارضة، وإذا كان كذلك فليس هو قول بغير دليل، انتهى.

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٤٤).

(٢) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٧٨).

يُقَالُ لَهُ: صِفْهُ. فَإِذَا وَصَفَهُ، أُحْلِفَ عَلَى صِفَتِهِ. وَتَسْمِيَةِ مَالِهِ فِيهِ. ثُمَّ يُقَوِّمُهُ أَهْلُ الْبَصَرِ بِذٰلِكَ. فَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ عَمَّا سَمَّى فِيهِ الْمُرْتَهِنُ، أَخَذَهُ الرَّاهِنُ. وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِمَّا سَمَّى، أُحْلِفَ الرَّاهِنُ عَلَى مَا سَمَّى الْمُرْتَهِنُ. وَبَطَل عَنْهُ الْفَضْلُ الَّذِي سَمَّى الْمُرْتَهِنُ. فَوْقَ قِيمَةِ الرَّهْنِ. وَإِنْ أَبَىٰ الرَّاهِنُ أَنْ يَحْلِفَ، أُعْطِيَ الْمُرْتَهِنُ مَا فَضَلَ بَعْدَ قِيمَةِ الرَّهْنِ. فَإِنْ قَالَ الْمُرْتَهِنُ: لَا عِلْمَ لِي بِقِيمَةِ الرَّهْنِ. .....

(ويقال له) أي للمرتهن **(صفه)** قال الزرقاني[1]: فإن اتفقا على وصفه حكم بقيمة تلك الصفة، وإن اختلفا فيه يقال له: صفه **(فإذا وصفه أحلف)** ببناء المجهول **(على صفته)** أنها كانت كما وصفه **(و)** أحلف على **(تسمية ما)** أي الدين الذي **(له)** هكذا ضبطه الزرقاني، وعلى هذا فما موصولة و«له» بلام الجارة المفتوحة، وضبط بالقلم في النسخ المصرية بالجر على اللام، فيكون لفظ المال مضافاً إلى الضمير، **(فيه)** أي في الرهن أي في مقابلته، وهذا إذا اختلفا في قدر الدين، كما سيأتي في كلام الباجي **(ثم يقوّمه)** بتشديد الواو من التقويم **(أهلُ البصر بذلك)** أي أهل الخبرة بالقيمة على الوصف الذي وصفه.

(فإن كان فيه) أي المرهون يعني في قيمته **(فضل)** زيادة **(عما سمى فيه المرتهن أخذه الراهن)** أي أخذ الفضل **(وإن كان)** قيمة الرهن **(أقل مما سمى)** المرتهن من الدين **(أُحْلِف)** ببناء المجهول **(الراهن على ما سمى المرتهن، وبطل عنه الفضل)** أي الزائد **(الذي سمى المرتهن فوق)** أي أكثر من **(قيمة الرهن)** أي ما ذكر من الدين زائداً على قيمة الرهن.

(وإن أبى الراهن أن يحلف) أي نكل عن اليمين **(أعطي)** ببناء المجهول **(المرتهن)** أي لزم الراهن أن يعطي المرتهن **(ما فضل)** أي ما زاد من الدين **(بعد قيمة الرهن)** لنكوله عن اليمين **(فإن قال المرتهن: لا علم لي بقيمة الرهن)**

---

(١) «شرح الزرقاني» (٤/ ٧).

حُلِّفَ الرَّاهِنُ عَلَى صِفَةِ الرَّهْنِ. وَكَانَ ذٰلِكَ لَهُ، إِذَا جَاءَ بِالْأَمْرِ الَّذِي لَا يُسْتَنْكَرُ.

كم كانت **(حُلّفَ)** ببناء المجهول **(الراهن على صفة الرهن)** قال الزرقاني: لأن المرتهن صار مدّعياً على الراهن **(وكان ذلك له)** أي كان حلف الراهن مفيداً له **(إذا جاء)** الراهن في حلفه **(بالأمر الذي لا يستنكر)** ببناء المجهول أي جاء بأمر لا يكون بعيداً جداً.

قال الباجي[1]: قوله: يقال له: صِفْه، ثم يحلف على صفته إلى آخر الفصل، معناه إن لم يختلف الراهن والمرتهن في صفة الرهن الذي تلف، ولزم المرتهن ضمانُهُ، إما لتعديه أو لعدم البينة على ضياعه، أو لأن ذلك حكم ما يغاب عليه من الرهون على رواية أشهب عن مالك، فإن اتفقا على صفة الرهن حكم بقيمة تلك الصفة، وإن اختلفا في صفته وقيمته، وصفه المرتهن وحلف على ذلك، وعلى ماله فيه، يريد إن اختلفا في قدر الدين، قال: ثم يقوّم بتلك الصفة، فإن كان في القيمة فضل أخذه الراهن، وإن كان نقص حلف الراهن على ما سمى، وبطل عنه ما زاد على قيمة الرهن، فإن نكل أدى ما زاد على قيمة الرهن.

ووجه ذلك أن المرتهن غارم، فالقول قوله فيما ينكره مما يدعيه عليه الراهن من صفة الرهن، ويحلف مع ذلك على ما قابله فيه من الدين؛ لأن القول قوله في قدر الدين إلى منتهى قيمة تلك الصفة، فلذلك جمعت له يمينه ما يستحقه بيمينه في هذه الحكومة، فإن حلف فكان في القيمة فضل على الدين أدى الفضل إلى الراهن، وإن كان في الدين فضل على القيمة حلف الراهن على ما سماه المرتهن من دينه، ليسقط عن نفسه ما فضل منه على قيمة رهنه، إن كان ما أَقَرَّ به من الدين أقل من قيمة السلعة.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٤٦).

....

وقوله: كان ذلك إذا جاء بالأمر الذي لا يستنكر، يريد أن يأتي بما يشبه من صفة ما يرهن في مثل ذلك الدين، وما يكون له من القيمة فيما يقرب منه على ما جرت به عادة الناس في الرهون، وإنما راعى في ذلك الأمر الذي لا يستنكر؛ لأن المرتهن لم ينكل عن اليمين، ولا ادَّعى الجهلَ بصفة الرهن على الإطلاق، وإنما ادّعى الجهل بتحقيق الصفة على وجه يحلف عليها، ويكون ذلك صفتها على حقيقتها، فإذا أتى الراهن بصفة تبعد عن مقدارها عنده كان له الرجوع إلى أن يصفها بصفة لا شك أنها أفضل من صفة الرهن، وهي دون الصفة التي وصفها بها الراهن بكثير، فيسقط عن نفسه ما يستنكره من الثمن، ولو سمع وصف الراهن، ثم نكل هو عن اليمين، ورد اليمين عليه، لكان للراهن ما حلف عليه، ولم يعتبر عليه في ذلك ما يستنكر؛ لأن المرتهن قد رضي بذلك حين ردّ عليه اليمين بعد العلم بتلك الصفة، انتهى.

وقال الزرقاني[١]: قال ابن عبد البر: إذا اختلف في مبلغ الدين، فلا خلاف في مذهب مالك أن القول للمرتهن فيما بينه وبين قيمة الرهن، وقال أبو حنيفة والشافعي: القول للراهن مع يمينه ولا ينظر إلى قيمة الرهن؛ لأن المرتهن مدع، قال إسماعيل القاضي: والحجة لمالك قوله عزّ وجلّ: ﴿وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ فجعل الرهن بدلاً من الشهادة؛ لأن المرتهن أخذه وثيقة بحقه فكأنه شاهد له؛ لأنه ينبىء عن مبلغ الدين، وما جاوز قيمته، فلا وثيقة فيه، فكان القول فيه قول الراهن، ووافق مالكاً على الفرق بين ما يغاب عليه، فيضمنه إلا لبينة وبين ما لا يغاب عليه فلا ضمان، إلا أن يظهر كذبُهُ، الأوزاعي وجماعةٌ، وروي عن علي ـ رضي الله عنه ـ وقال جماعة: هو مضمون مطلقاً.

وقال أبو حنيفة وجماعة: الرهن مضمون بقيمة الدين، وما زاد عليه فهو

(١) «شرح الزرقاني» (٤/ ٧، ٨).

....

أمانة، وقال الشافعي وأحمد وجمهور المحدثين: الرهن كله أمانة لا يضمن إلا بما تضمن به الودائع من التعدي والتضييع، سواء كان حلياً أو حيواناً مما يغاب عليه أو لا يغاب، والدين ثابت على حاله، للحديث: «له غنمه وعليه غرمه»، قالوا: له غلته وخراجه، وعليه غرمه أي فكاكه، ومنه مصيبته، والمرتهن ليس بمتعدٍّ في حبسه، وقال الحنفية: غنمه ما فضل من الدين، وغرمه ما نقص منه، وقال المالكية: غرمه نفقته لا فكاكه، ومصيبته، وإذا كان له الخراج والغلة وهو غنمه، كان الغرم ما قابل ذلك من النفقة، انتهى.

وتقدم في «باب ما لا يغلق من الرهن» كلام الموفق وغيره في ذلك، وسيأتي الكلام على اختلافهما في مقدار الدين وغيره في «باب القضاء في جامع الرهون»، وفي «المحلى»: قال الشافعي وأحمد: الرهن كله أمانة في يد المرتهن حتى لا يسقط شيء من الدين، وقال زفر: الرهن مضمون بقيمته.

وقال أبو حنيفة: يضمن بأقل من قيمته، ومن الدين، له ما رواه البيهقي[(١)] عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال في الرجل الذي يرتهن الرهن فيضيع: إن كان أقل مما فيه ردَّ عليه تمام حقه، وإن كان أكثر فهو أمينٌ، وما روى ابن أبي شيبة[(٢)] عن علي ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: إذا كان الرهن أكثر مما رهن له، فهلك فهو بما فيه؛ لأنه أمين في الفضل، وإن كان أقل مما رهن به، فهلك رد الراهن الفضل.

وما روي أيضاً عن عمر: «إذا كان الرهن أكثر مما رهن به فهو أمين في الفضل، وإن كان أقل ردّ عليه»، وأخذ زفر بما رواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة عن علي أنه قال: الراهن والمرتهن يترادّان الفضل بينهما في الرهن، وأجيب

---

(١) «السنن الكبرى» (٦/ ٤٣).

(٢) «المصنف» (٥/ ٣٣٤).

....

عنه بأن المراد به ما زاد على حالة البيع، أي إذا باع المرتهن الرهن يرد ما زاد على الدين، فإن كان الدين زائداً يرد الراهن ما زاد من الدين.

واحتجَّ الشافعي ـ رحمه الله ـ على أنه أمانة بقوله ﷺ: «لا يغلق الرهن الرهن ممن رهن، له غنمه وعليه غرمه»، وادَّعى الزهري أن معنى قوله: «لا يغلق الرهن» لا يصير الرهن مضموناً بالدين، لصاحبه غنمه أي زوائده، «وعليه غرمه» أي لو هلك هلك على الراهن، ولكن روى أبو داود في «مراسيله» أن قوله: «له غنمه وعليه غرمه» من كلام ابن المسيب.

وذكر الكرخي أن أهل العلم من السلف كطاووس وإبراهيم وغيرهما اتفقوا أن المراد من قوله: «لا يغلق الرهن» لا يحبس الرهن عن الراهن احتباساً لا يمكنه فكاكه، بأن يصير مملوكاً للمرتهن، ولم يفهم أحد منهم نفي الضمان عن المرتهن.

ومن الأخبار الدالة على وجوب الضمان ما رواه أبو داود في «مراسيله»، وابن أبي شيبة عن عطاء: أن رجلاً رهن فرساً، فنفق في يده، فقال النبي ﷺ للمرتهن: «ذهب حقك»، وروى أبو داود في «مراسيله» أيضاً عن عطاء عنه ﷺ قال: «الرهن بما فيه»، قال ابن القطان: يعني هو مضمون بما رهن فيه.

وفي «آثار الطحاوي»[1] بسند صحيح عن أبي الزناد: أدركت من فقهائنا الذين ينتهى إلى أقوالهم، منهم ابن المسيب وعروة والقاسم وأبو بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وعبيد الله في مشيخة من نظرائهم، أهل فقه وصلاح، أنهم قالوا: الرهن بما فيه إذا هلك، وعميت قيمته، ويرفع ذلك منهم الثقة أن النبي ﷺ قال: «الرهن بما فيه»، انتهى. زاد الطحاوي: فهؤلاء أئمة المدينة وفقهاؤها يقولون: إن الرهن يهلك بما فيه، ويرفعه الثقة منهم إلى النبي ﷺ.

---

(١) انظر: «نصب الراية» (٤/ ٣٢٢).

قَالَ مَالِكٌ: وَذٰلِكَ إِذَا قَبَضَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ. وَلَمْ يَضَعْهُ عَلَى يَدَيْ غَيْرِهِ.

(قال مالك: وذلك) الذي ذكر من الحكم في القول السابق **(إذا قبض المرتهن الرهن)** بنفسه **(ولم يضعه على يدي غيره)** قال صاحب «المحلى»: فلو وضعه عند غيره يضمن من غير تفصيل، انتهى. وبعكسه قال الزرقاني[١]، إذ قال: فإن كان بيدي غيره فلا ضمان على المرتهن، وإن لم تقم بينة، انتهى.

وبذلك جزم الباجي[٢] إذ قال: يريد أن المرتهن إنما يضمن الرهن الذي يغاب عليه على الوجه المذكور إذا كان هو الحائز له، وأما إذا كان موضوعاً بيد غيره بحكم حاكم أو باتفاق الراهن والمرتهن، فلا ضمان على المرتهن في ضياعه، وإن لم تقم بذلك بينةٌ، انتهى. وهذا هو المذهب عند مالك كما جزم به الباجي في مواضع من كتابه في الفروع المختلفة، منها صرح في أول الباب الآتي.

وقال الموفق[٣]: إن المتراهنين إذا شرطا كون الرهن على يدي رجل، ورضيا به واتفقا عليه جاز، وكان وكيلاً للمرتهن نائباً عنه في القبض، فمتى قبضه صح قبضه، في قول جماعة الفقهاء، منهم عطاء وعمرو بن دينار والثوري وابن المبارك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي، وقال الحَكَمُ والحارثُ العُكْلِيّ وقتادةُ وابنُ أبي ليلى: لا يكون مقبوضاً بذلك؛ لأن القبض من تمام العقد، فتعلق بأحد المتعاقدين كالإيجاب والقبول، ولنا، أنه قبض في عقد، فجاز فيه التوكيل كسائر القبوض وفارق القبول؛ لأن الإيجاب إذا كان لشخص كان القبول منه؛ لأنه يخاطب به، انتهى.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٤/ ٧).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٢٤٧).

(٣) «المغني» (٦/ ٤٧٠).

(١٣) باب القضاء في الرهن يكون بين الرجلين

قَالَ يَحْيَىٰ: سَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ، فِي الرَّجُلَيْنِ يَكُونُ لَهُمَا رَهْنٌ

وقال السرخسي في «المبسوط»: وقبض العدل للرهن بمنزلة قبض المرتهن له في حكم صحة الرهن وذهابه بالدين إذا هلك عندنا، وهو قول إبراهيم النخعي والشافعي وعطاء والحسن، وقال ابن أبي ليلى: لا يتم الرهن بقبض العدل حتى إذا هلك في يد العدل لم يسقط الدين، قال: لأن العدل نائب عن الراهن فكذا إذا لحقه عهدة يرجع على الراهن، ووجه قولنا أن يد العدل كيد المرتهن بدليل أن ملك العدل رد الرهن برضا المرتهن، ولو كانت يده كيد الراهن لتمكن الراهن من استرداده متى شاء، انتهى.

وبسط الباجي[1] في فروع هذا الباب: وقال: فيها ستة أبواب، **الأول**: في وجوب الحيازة للرهن، وكونها شرطاً في صحته أو إتمامه، **الثاني**: في صفة الحيازة وتمييزها مما ليس بحيازة. **الثالث**: فيمن يكون وضع الرهن على يده حيازة وتمييزه من غيره. **الرابع**: فيمن يوضع على يديه الرهن عند اختلاف المتراهنين، **الخامس**: فيمن يقوم بالرهن ويلي الإنفاق عليه والاستغلال له. **السادس**: في حكم العدل الذي يوضع على يده الرهن، ثم بسط الكلام على الأبواب الخمسة الأُوَل أشدَّ بسطٍ.

(١٣) القضاء في الرهن يكون بين الرجلين

يعني إذا أخذ بكر ديناً من زيد وعمرو ألفاً ألفاً من كل واحد منهما، ورهن عندهما داراً له مثلاً، فكيف يكون القضاء في ذلك؟

(قال مالك في الرجلين) أي في زيد وعمرو، في المثال الذي ذكرناه في الترجمة **(يكون لهما رهن)** أي يكون عندهما دار لبكر رهناً، وقد أعطيا بكراً

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٤٧).

بَيْنَهُمَا. فَيَقُومُ أَحَدُهُمَا بِبَيعِ رَهْنِهِ. وَقَدْ كَانَ الآخَرُ أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ سَنَةً. قَالَ: إِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يُقْسَمَ الرَّهْنُ. وَلَا يَنْقُصَ حَقُّ الَّذِي أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ. ....

ألفاً ألفاً ديناً، وارتهنا داراً له مشتركاً **(بينهما)** بإزاء دينهما.

قال الباجي[1]: وهذا على حسب ما قال: إن الرجلين يصح أن يرتهنا رهناً من رجل بحق لهما، وذلك يكون على وجهين: **أحدهما**: أن يرتهناه في وقت واحد، **والثاني**: أن يرتهن أحدهما قبل الآخر، ومسألة الكتاب تقتضي أنهما ارتهناه معاً **(فيقوم أحدهما)** أي زيد مثلاً **(ببيع رهنَه)** أي يطالب زيد أن يباع حصة رهنه، ويُوَفَّى دينُه.

قال الباجي: أضاف الرهن إلى المرتهن لما كان له ثمنه، وكان بيده **(وقد كان الآخر)** أي عمرو **(أنظره)** أي أَمْهَلَ عمرو بكراً **(بحقه)** أي بدينه الذي على بكرٍ **(سنة)** أي يؤديه بَكْرٌ بعد تمام السنة.

(قال مالك) في الصورة المذكورة: **(إن كان يقدر على أن يقسم)** ببناء المجهول **(الرهن)** أي يكون الرهن صالحاً للقسمة بأن لا ينقص قيمته بالقسمة **(ولا ينقص)** عطف تفسير لقوله: يقدر على أن يقسم **(حق الذي أنظره بحقه)** أي لا ينقص حق عمرو بهذه القسمة، قال الباجي: قال في الأصل: إن لم تنقص قسمته حق الذي أنظره بحقه بيع، وفي «المجموعة» من رواية ابن القاسم: إن قدر على قسم الرهن بما لا ينقص به حق القائم بحقه قسم، فبيع لهذا نصفه في حقه.

قال الباجي: وإنما يراعى في ذلك إدخال القسمة النقص في قيمة الرهن، وإذا دخل النقص في أحد القسمين، فلا بد أن يدخل في الآخر، فتارة أظهر مراعاة حق القائم، وتارة أظهر مراعاة حق الآخر، والمعنى فيهما واحد، لا

---

(١) «المنتقى» (٥/٢٥٦).

بِيعَ لَهُ نِصْفُ الرَّهْنِ الَّذِي كَانَ بَيْنَهُمَا. فَأُوفِيَ حَقَّهُ. وَإِنْ خِيفَ أَنْ يَنقُصَ حَقُّهُ. بِيعَ الرَّهْنُ كُلُّهُ. فَأُعْطِيَ الَّذِي قَامَ بِبَيْعِ رَهْنِهِ، حَقَّهُ مِنْ ذٰلِكَ. ....

سيما، وقد ثبت في المسألة أن الرهن بينهما بنصفين، وقد زاد في «المجموعة»: أن دينهما سواء، انتهى. **(بيع له)** أي لزيد **(نصف الرهن)** أي نصف الدار **(الذي كان)** مشتركاً **(بينهما)** أي بين زيد وعمرو **(فأُوْفِي)** ببناء المجهول **(حقُّه)** أي أعْطِيَ من قيمة نصف الدار دينُ زيد.

قال الزرقاني[١]: فإن قصر عنه طلبه ببقية حقه، ولم يكن له في بقية الرهن شيء، انتهى. وقال الباجي[٢]: فإذا بيع نصف الرهن فكان ثمنه قدر الدين قبضه القائم في حقه، وإن قصر عن الدين طلبه ببقية دينه، ولم يكن له أن يباع شيء من بقية الرهن لتعلق حق صاحبه به، وبقي إلى الأجل الذي أنظره **(فإن خيف)** بالقسمة **(أن ينقص حقه)** أي حق عمرو المنظر **(بيع الرهن كله)** لئلا يتضرر القائم بحقه بالتأخير، ولا المنظر بحقه بالقسمة **(فأعطي)** ببناء المجهول **(الذي قام ببيع رهنه)** أي يوفي زيد **(حقه من ذلك)** في النسخ الهندية، وفي النسخ المصرية «حصته من ذلك»، والمؤدىٰ واحد أي يؤدي زيد من نصف القيمة.

قال الباجي[٣]: إن الرهن كله يباع، ويعطى من ذلك، ولم يبين قدر ما يعطى، وقد بين ذلك في «المجموعة» من رواية ابن القاسم عن مالك، فقال ابن القاسم: إن القائم يأخذ من نصفه حقه يريد أنه لا سبيل له إلى النصف الذي هو حصة الذي أنظره، انتهى.

---

(١) «شرح الزرقاني» (٤/ ٨).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٢٥٦).

(٣) «المنتقى» (٥/ ٢٥٧).

فَإِنْ طَابَتْ نَفْسُ الَّذِي أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ، أَنْ يَدْفَعَ نِصْفَ الثَّمَنِ إِلَى الرَّاهِنِ. وَإِلَّا حُلِّفَ الْمُرْتَهِنُ. أَنَّهُ مَا أَنْظَرَهُ إِلَّا لِيُوقِفَ لِي رَهْنِي عَلَى هَيْئَتِهِ. ثُمَّ أُعْطِيَ حَقَّهُ عَاجِلًا.

(**فإن طابت**) أي رضيت (**نفس الذي أنظره بحقه**) أي نفس عمرو (**أن يدفع نصف الثمن**) الذي بقي (**إلى الراهن**)فعل (**وإلاّ**) أي وإن لم يَطِبْ به نفسُه (**حُلِّفَ**) ببناء المجهول من التحليف (**المرتهن**) عمرو (**أنه ما أنظره**) أي لم يمهل عمرو بكراً (**إلا ليوقف**) أي لم يمهله إلا لأجل أن يحبس (**لي رهني**) أي نصف الدار (**على هيئته**) أي على صفة الرهن.

(**ثم**) بعد التحليف (**أعطي**) عمرو أيضاً (**حقه عاجلاً**) وليس في النسخ الهندية لفظ عاجلاً، قال الباجي: يريد أنه إن أراد المرتهن أن يدفع إلى الراهن ثمن نصف الرهن، وهو الذي كان ارتهنه المؤجل بالدين جاز ذلك؛ لأنه رهن قد طابت نفسه بردّه إلى الراهن، وينظره مع ذلك بدينه، وإن أبى من ذلك حُلِّفَ أنه ما أَخَّرَه إلا ليبقى الرهنُ وثيقةً بحقه، ثم يقتضي من ثمن حصته من الرهن دينه.

وقال الموفق[1]: وإذا رهن عيناً عند رجلين، فقضى أحدهما خرجت حصته من الرهن؛ لأن عقد الواحد مع اثنين بمنزلة عَقْدين، فكأنه رهن كلُّ واحد منهما النصف مفرداً، فإن أراد مقاسمة المرتهن، وأخذ نصيب من وَفَّاه، وكان الرهن مما لا تنقصه القسمة كالمكيل والموزون لزم ذلك، وإن كان مما تنقصه القسمة لم تجب قسمته؛ لأن على المرتهن ضرراً في قسمته، ويُقَرُّ في يد المرتهن نصفه رهنٌ، ونصفه وديعة، انتهى.

ثم قال: وإذا أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن بعد حلول الأجل جاز، وتعلق حقه بثمنه، وإن أذن له قبل حلوله فباعه بطل الرهن، ولم يكن عليه

---

(١) «المغني» (٦/ ٥٢٨).

قَالَ: وَسَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ، فِي الْعَبْدِ يَرْهَنُهُ سَيِّدُهُ، وَلِلْعَبْدِ مَالٌ: إِنَّ مَالَ الْعَبْدِ لَيْسَ بِرَهْنٍ. إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُرْتَهِنُ.

عوضه؛ لأنه أذن له فيما ينافي حقه، فأشبه ما لو أذن في عتقه، وللمالك أخذ ثمنه، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومحمد: يكون الثمن رهناً؛ لأن الراهن باع الرهن بإذن المرتهن فوجب أن يثبت حقه فيه، كما لو حَلّ الدين. قال الطحاوي: حق المرتهن متعلق بعين الرهن، والثمن بدله، فوجب أن يتعلق به كما لو أتلفه متلف، انتهى.

وقال السرخسي: إذا كان لرجلين على رجل دينٌ هما فيه شريكان أو لأحدهما دنانير، ولآخر دراهم، أو حنطة أو غيرهما، فرهنا بذلك رهناً واحداً، فهو جائز من أيّ وجهٍ كان كالواحد من الدينين؛ لأن جميع الرهن يكون محبوساً بدين كل واحد منهما لاتحاد الصفقة، ولأنه لا شيوع في المحل، فإن قضى أحدهما ماله لم يأخذ الرهن حتى يقبض الثاني ماله لثبوت حق الحبس لكل واحد منهما في جميع الرهن بدينه، انتهى.

(قال مالك في العبد يرهنه سيده وللعبد مال) فقال مالك: **(إن مال العبد ليس برهن)** مع العبد **(إلا أن يشترطه المرتهن)** والمسألة إجماعية، وقد اتفقوا على أن مال العبد لا يدخل في البيع إلا بشرط فالرهن أحرى، واختلف فيما يستفيده العبد المرهون، فقال ابن القاسم وأشهب: لا يكون ما وهب له ولاخراجُه رهناً، وقال يحيى بن عمر: ذلك كله رهن معه، والصواب الأول، قاله أبو عمر[١]، وقد تقدم اختلافهم في نماء الرهن هل يكون رهناً أم لا؟ قريباً في رهن الثمر.

ولعل المصنف ذكر هذا القول في الترجمة باعتبار أن مال العبد كالرهن الواحد لرجلين العبد ومولاه.

---

(١) انظر: «الاستذكار» (٢٢/ ١١٢).

(١٤) باب القضاء في جامع الرهون

قَالَ يَحْيَىٰ: سَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ، فِيمَنِ ارْتَهَنَ مَتَاعاً فَهَلَكَ الْمَتَاعُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ. وَأَقَرَّ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ بِتَسْمِيَةِ الْحَقِّ. وَاجْتَمَعَا عَلَى التَّسْمِيَةِ. وَتَدَاعَيَا فِي الرَّهْنِ. فَقَالَ الرَّاهِنُ: قِيمَتُهُ عِشْرُونَ دِينَاراً. وَقَالَ الْمُرْتَهِنُ: قِيمَتُهُ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ. وَالْحَقُّ الَّذِي لِلرَّجُلِ فِيهِ عِشْرُونَ دِينَاراً. قَالَ مَالِكٌ: يُقَالُ لِلَّذِي بِيَدِهِ الرَّهْنُ: صِفْهُ. فَإِذَا وَصَفَهُ، أُحْلِفَ عَلَيْهِ. ....

---

(١٤) القضاء في جامع الرهون

يعني الأحكام المتفرقة في مسائل الرهن.

(قال مالك في من ارتهن) عند رجل **(متاعاً)** هو كل ما ينتفع به من العروض وغيرها سوى النقدين **(فهلك المتاع)** المذكور **(عند المرتهن)** ووجب عليه الضمان على شرائط وجوب الضمان عند مالك كما تقدم ذكرها **(وأقر الذي عليه الحق)** قال صاحب «المحلى»: وهو الراهن، انتهى. وعلى هذا فالمراد بالحق هو دين المرتهن **(بتسمية الحق)** أي بمقدار الدين وهو عشرون ديناراً في الصورة المذكورة على ما سيذكرها المصنف **(واجتمعا على التسمية)** المذكورة يعني لم يختلفا فيها **(وتداعيا)** أي اختلفا **(في الرهن)** أي في قيمته **(فقال الراهن: قيمته عشرون ديناراً)** أي مساوٍ للدين **(وقال المرتهن: قيمته)** أي قيمة الرهن الذي هلك كانت **(عشرة دنانير والحق الذي)** كان فيه **(للرجل)** المرتهن **(فيه)** أي في الرهن **(عشرون ديناراً)** مثلاً.

(قال مالك) في الصورة المذكورة: **(يقال للذي بيده الرهن)** أي يقال للمرتهن: **(صفه)** أي اذكر صفة الرهن كيف كانت **(فإذا وصفه أحلف)** ببناء المجهول أي المرتهن **(عليه)** أي على ذاك الوصف، قال الزرقاني[1]: لأن

---

(١) «شرح الزرقاني» (٤/ ٩).

ثُمَّ أَقَامَ تِلْكَ الصِّفَةَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ بِهَا. فَإِنْ كَانَتِ الْقِيمَةُ أَكْثَرَ مِمَّا رُهِنَ بِهِ، قِيلَ لِلْمُرْتَهِنِ: ٱرْدُدْ إِلَى الرَّاهِنِ بَقِيَّةَ حَقِّهِ. وَإِنْ كَانَتِ الْقِيمَةُ أَقَلَّ مِمَّا رُهِنَ بِهِ، أَخَذَ الْمُرْتَهِنُ بَقِيَّةَ حَقِّهِ مِنَ الرَّاهِنِ. وَإِنْ كَانَتِ الْقِيمَةُ بِقَدْرِ حَقِّهِ، فَالرَّهْنُ بِمَا فِيهِ.

الراهن خالفه في تلك الصفة وادّعى أفضل منها **(ثم أقام)** أي قوم **(تلك الصفة)** التي ادَّعَى بها المرتهن **(أهل المعرفة بها)** فاعل أقام يعني يقال لأهل المعرفة بقيمة هذا الرهن: أن يُقَوِّمُوه بتلك الصفة التي ذكرها المرتهن **(فإن كانت القيمة)** التي عينها أهل المعرفة **(أكثر مما رهن به)** يعني تكون قيمة الرهن أكثر من عشرين ديناراً في مثالنا، فتكون ثلاثين ديناراً مثلاً **(قيل للمرتهن: اردد إلى الراهن بقية حقه)** وهو عشرة دنانير في مثالنا.

(وإن كانت القيمة) المقومة **(أقل مما رهن به)** يعني قَوَّمُوْه بعشرة دنانير مثلاً **(أخذ المرتهن بقية حقه)** وهو عشرة دنانير في مثالنا **(من الراهن)** لأن الدين كان عشرين ديناراً **(وإن كانت القيمة)** المقومة **(بقدر حقه)** يعني عشرين ديناراً سواء **(فالرهن بما فيه)** لا له ولا عليه.

قال الباجي[1]: أكثر هذا الفصل قد تقدم الكلام عليه، ومعنى ذلك أن الرهن إذا ضاع عند المرتهن، وكان مما يغاب عليه فلزمه ضمانه؛ لأنه لم يقم بينةً بضياعه، أو لأنه يحكم بضمانه له وإن قامت بينة، على ما رواه أشهب، فإن اختلفا في قيمته وادعى الراهن أكثر مما أَقَرّ به المرتهنُ، قيل للمرتهن: صِفه، فإذا وصفه حُلِّفَ على تلك الصفة؛ لأن الراهن خالفه فيها، وادّعى أفضل منها، فإذا حلف المرتهن على الصفة التي أَقَرَّ بها قَوَّمَها أهلُ المعرفة، فربما قَوَّمُوْها بأكثر مما أَقَرَّ به من القيمة، فإن كانت تلك القيمة أكثر من الدين، فهذا يقطع دينه مما لزمه من القيمة، وقيل له: ردّ الفضلَ على الراهن.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٥٩).

قَالَ يَحْيَىٰ: وَسَمِعْتُ مَالِكاً يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلَيْنِ يَخْتَلِفَانِ فِي الرَّهْنِ. يَرْهَنُهُ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ. فَيَقُولُ الرَّاهِنُ: أَرْهَنْتُكَهُ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ. وَيَقُولُ الْمُرْتَهِنُ: ....

وإن كانت القيمة أقل من الدين كان على الراهن أن يُوَفِّي بقية الدين، وإن كانت القيمة بقدر الدين، فقد قال: إن الرهن بما فيه يريد أن هذا من المواضع التي قال فيها من تقدم: إن الرهن بما فيه، أو أنه يصح أن يحمل قولهم على هذه المسألة وأشباهها، انتهى مختصراً.

وقال صاحب «المحلى»: قال أبو حنيفة: القول قول المرتهن في القيمة مع يمينه، ومذهب الشافعي أن القول قول الغارم مطلقاً، انتهى.

وهذا يخالف ما في «المغني»[1] إذ قال: إذا اختلفا في قيمة الرهن إذا تلف في الحال الذي يلزم المرتهن ضمانُه، وهي إذا تعدى أو لم يُحْرِزْ، فالقول قول المرتهن مع يمينه؛ لأنه غارم، ولأنه منكر، لوجوب الزيادة على ما أَقَرّ به، والقول قول المنكر، وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً.

وإن اختلفا في قدر الحق نحو أن يقول الراهن: رهنتك عبدي هذا بألف، فقال المرتهن: بل بألفين، فالقول قول الراهن، وبهذا قال النخعي والثوري والشافعي والبتى وأبو ثور وأصحاب الرأي، وحكي عن الحسن وقتادة أن القول قول المرتهن ما لم يجاوز ثمن الرهن أو قيمته، ونحوه قول مالك؛ لأن الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق، انتهى.

(قال مالك: والأمر) المرجح **(عندنا في الرجلين يختلفان في الرهن)** الذي **(يرهنه أحدهما)** أي أحد الرجلين **(عند صاحبه)** وليس في النسخ المصرية لفظ: «عند»، ثم ذكر الاختلاف الذي وقع بينهما بقوله: **(فيقول الراهن: أرهنتُكه بعشرة دنانير)** أي أخذتُ الدين عشر دنانير وجعلته رهناً بها **(ويقول المرتهن)**

---

(١) «المغني» (٦/ ٥٢٤).

ٱرْتَهَنْتُهُ مِنْكَ بِعِشْرِينَ دِيناراً وَالرَّهْنُ ظَاهِرٌ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ. قَالَ: يُحَلَّفُ الْمُرْتَهِنُ حَتَّى يُحِيطَ بِقِيمَةِ الرَّهْنِ. فَإِنْ كَانَ ذٰلِكَ. لَا زِيَادَةَ فِيهِ وَلَا نُقْصَانَ عَمَّا حُلِّفَ أَنَّ لَهُ فِيهِ، أَخَذَهُ الْمُرْتَهِنُ بِحَقِّهِ. وَكَانَ أَوْلَىٰ بِالتَّبْدِئَةِ بِالْيَمِينِ. لِقَبْضِهِ الرَّهْنَ وَحِيَازَتِهِ إِيَّاهُ. إِلَّا أَنْ يَشَاءَ رَبُّ الرَّهْنِ أَنْ يُعْطِيَهُ حَقَّهُ الَّذِي حُلِّفَ عَلَيْهِ، وَيَأْخُذَ رَهْنَهُ.

لا، بل **(ارتهنتُه)** كذا في النسخ المصرية، وهو أوجه مما في الهندية من لفظ أرهنته **(منك بعشرين ديناراً)** أي أعطيتك عشرين ديناراً وأخذته منك بها **(والرهن ظاهر)** أي موجود، وهذا هو الفرق بين هذه الصورة والماضية، فإن الرهن في الأولى كان هالكاً **(بيد المرتهن)** أو بيد أمين يعني لم يهلك الرهن.

(قال) مالك في الصورة المذكورة: **(يُحَلَّفُ)** ببناء المجهول **(المرتهن حتى يحيط بقيمة الرهن)** وفي بعض النسخ حين يحيط بقيمة الرهن، أي لا يكون دعواه أكثر من قيمة الرهن **(فإن كان ذلك)** أي قيمة الرهن **(لا زيادة فيه، ولا نقصان عما حلف)** المرتهن من **(أن له فيه)** أي في الرهن **(أخذه)** جزاء لقوله: فإن كان **(المرتهن بحقه)** لأنه يساوي الحق **(وكان)** المرتهن **(أولى بالتبدئة)** أي بالبداءة **(في اليمين)** وفي النسخ المصرية «باليمين»، أي يقدم على الراهن **(لقبضه الرهن)** أي لكونه قابضاً **(وحيازته إياه)** عطف تفسير **(إلا أن يشاء رب الرهن)** أي الراهن **(أن يعطيه)** أي المرتهن **(حقه الذي حلف عليه)** وادعاه **(ويأخذ رهنه)** عطف على يعطيه، أي فيجوز له أخذ رهنه بعد إعطاء المرتهن ما ادعى.

قال الباجي[1]: وهذا كما قال: إنهما إذا اختلفا في قدر الدين، فقال الراهن: عشرة، وقال المرتهن: عشرون، والرهن قائم بيد المرتهن، يحلف حتى يحيط بقيمة الرهن، قال: وكان مبدأ باليمين لقبضه الرهن وحيازته له، قال ابن المواز: ولأن الرهن شاهد له، انتهى.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢٦٠).

قَالَ: وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ أَقَلَّ مِنَ الْعِشْرِينَ الَّتِي سَمَّى. أُحْلِفَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الْعِشْرِينَ الَّتِي سَمَّى. ثُمَّ يُقَالُ لِلرَّاهِنِ: إِمَّا أَنْ تُعْطِيَهُ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ، وَتَأْخُذَ رَهْنَكَ. وَإِمَّا أَنْ تَحْلِفَ عَلَى الَّذِي قُلْتَ أَنَّكَ رَهَنْتَهُ بِهِ، وَيَبْطُلُ عَنْكَ مَا زَادَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ. فَإِنْ حَلَفَ الرَّاهِنُ بَطَلَ ذٰلِكَ عَنْهُ. وَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ لَزِمَهُ غُرْمُ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُرْتَهِنُ.

قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ، وَتَنَاكَرَا الْحَقَّ. ....

(قال مالك) وليس هذا اللفظ في بعض النسخ بل الكلام الآتي في سياق النظم السابق **(وإن كان الرهن أقلَّ من العشرين التي سمى)** المرتهن وادّعاها **(أحلف)** ببناء المجهول **(المرتهن)** نائب فاعل **(على العشرين التي سمى)** وادعى بها **(ثم يقال للراهن: إما أن تعطيه)** أي المرتهن **(الذي حلف عليه)** وهو عشرون ديناراً **(وتأخذ رهنك)** بعد أداء عشرين فيجوز لك أخذه **(وإما أن تحلف على الذي قلت)** أي على عشرة دنانير **(أنك رهنته به)** كما تقدم في أول القول **(ويبطل عنك)** بعد حلفك **(ما زاد المرتهن)** أي ادّعاه **(على قيمة الرهن)** مثلاً يكون قيمته خمسة عشر ديناراً، فيبطل عنك خمسة دنانير التي ادعاها المرتهن زائداً على قيمة الرهن، إذ ادّعى أن الدين كان عشرين.

(فإن حلف الراهن) على دعواه أن الدين كان عشرة دنانير **(بطل ذلك)** أي الزائد على قيمة الرهن **(عنه)** أي عن الراهن **(وإن لم يحلف)** الراهن **(لزمه غرم)** بالغين المعجمة، والراء أي دفع **(ما حلف عليه المرتهن)** وهو عشرون ديناراً، وتقدم اختلاف الأئمة في ذلك في آخر القول السابق من كلام الموفق، إذ قال: فإن اختلفا في قدر الحق إلخ.

(قال مالك: فإن هلك الرهن وتناكرا الحقَّ) هكذا في جميع النسخ

فَقَالَ الَّذِي لَهُ الْحَقُّ: كَانَتِ لِي فِيهِ عِشْرُونَ دِيناراً. وَقَالَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ: لَمْ يَكُنْ لَكَ فِيهِ إِلَّا عَشَرَةُ دَنَانِيرَ. وَقَالَ الَّذِي لَهُ الْحَقُّ: قِيمَةُ الرَّهْنِ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ. وَقَالَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ: قيمَتُهُ عِشْرُونَ دِيناراً. قِيلَ لِلَّذِي لَهُ الحَقُّ: صِفْهُ. فَإِذَا وَصَفَهُ، أُحْلِفَ عَلَى صِفَتِهِ. ثُمَّ أَقَامَ تِلْكَ الصِّفَةَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ بِهَا. فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ مِمَّا ادَّعَى فِيهِ الْمُرْتَهِنُ، أُحْلِفَ عَلَى مَا ادَّعَى. ثُمَّ يُعْطَى الرَّاهِنُ مَا فَضَلَ مِنْ قِيمَةِ الرَّهْنِ. وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِما يَدَّعِي فِيهِ ....

المصرية[١] والهندية غير نسخة الباجي ففيها: وتناكلا باللام موضع الراء، والمعنى اختلفا في الحق، ثم اختلفت النسخ في أن لفظ تناكر بالإفراد في الهندية والتثنية في المصرية. **(فقال الذي له الحق)** أي المرتهن: **(كانت لي فيه)** أي في عوض الرهن **(عشرون ديناراً، وقال الذي عليه الحق)** أي الراهن: **(لم يكن لك فيه إلا عشرة دنانير)** واختلفا أيضاً في قيمة الرهن **(وقال)** أيضاً **(الذي له الحق)** أي المرتهن: **(قيمة الرهن عشرة دنانير، وقال الذي عليه الحق)** أي الراهن: **(قيمته عشرون دينار)** فالفرق بين هذا القول وبين القولين السابقين أنهما اختلفا ههنا في أصل الحق، وفي قيمة الرهن معاً، وفي القول الماضي اختلفا في قدر الدين، والرهن كان موجوداً، وفي القول الثالث اختلفا في قيمة الرهن واتفقا على تسمية الحق الذي فيه.

(قيل للذي له الحق) وهو المرتهن: **(صِفْه)** أي اذكر وصفه، وقيل له؛ لأنه هو الغارم حينئذٍ **(فإذا وصفه)** المرتهن **(حُلِّفَ)** ببناء المجهول **(على صفته)** التي وصفها **(ثم أقام)** أي قوم **(تلك الصفة أهل المعرفة بها)** كما تقدم في القول الثالث **(فإن كانت قيمة الرهن أكثر مما ادّعى فيه المرتهن)** وهو العشرون ديناراً. **(أحْلِفَ على ما ادّعى)** أي المرتهن **(ثم يُعْطَى)** ببناء المجهول **(الراهن ما فضل من قيمة الرهن)** أي ما زاد على العشرين **(وإن كانت قيمته أقل مما يدّعي فيه**

---

(١) انظر: «الاستذكار» (٢٢/ ١١٩).

الْمُرْتَهِنُ، أُحْلِفَ عَلَى الَّذِي زَعَمَ أَنَّهُ لَهُ فِيهِ. ثُمَّ قَاصَّهُ بِمَا بَلَغَ الرَّهْنُ. ثُمَّ أُحْلِفَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ. عَلَى الْفَضْلِ الَّذِي بَقِيَ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ. بَعْدَ مَبْلَغِ ثَمَنِ الرَّهْنِ. وَذٰلِكَ أَنَّ الَّذِي بِيَدِهِ الرَّهْنُ، صَارَ مُدَّعِياً عَلَى الرَّاهِنِ. فَإِنْ حَلَفَ بَطَلَ عَنْهُ بَقِيَّةُ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُرْتَهِنُ، مِمَّا ادَّعَى فَوْقَ قِيمَةِ الرَّهْنِ. وَإِنْ نَكَلَ، لَزِمَهُ مَا بَقِيَ مِنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ. بَعْدَ قِيمَةِ الرَّهْنِ.

المرتهن) أي يكون أقل من العشرين **(أحلف)**المرتهن **(على)** المقدار **(الذي زعم أنه له فيه)** وهو العشرون ديناراً **(ثم قَاصَّه)** أي قَاصَّ الرهن، وفي النسخ المصرية «ثم قاصُّوه» فالضمير إلى أهل المعرفة **(بما بَلَغَ الرهنُ)** من القيمة يعني تكون المقاصة في مقدار قيمة الرهن.

(ثم أُحلِفَ الذي عليه الحق) وهو الراهن **(على الفضل الذي بقي للمدّعى عليه)** أي للمرتهن **(بعد مبلغ)** أي بعد وضع **(ثمن الرهن، وذلك)** أي وجه حلف الراهن **(أن الذي بيده الرهن)** وهو المرتهن **(صار)** حينئذٍ **(مدعياً على الراهن)** بما بقي للمرتهن من الفضل، واليمين على المدعى عليه معروف **(فإن حلف)** الراهن على نفي الزيادة **(بطل عنه بقية ما حلف عليه المرتهن)** يعني يبطل الذي كان **(مما ادعى فوق)** أي زائداً عن **(قيمة الرهن وإن نكل)** الراهن أي أنكر عن اليمين **(لزمه)** أي الراهن لنكوله **(ما بقي من حق المرتهن بعد قيمة الرهن)**.

قال الباجي[1]: قوله: ثم أحلف الذي عليه الدين فيما فضل من الدين عن قيمة الرهن؛ لأن الذي بيده الرهن مدع فيما زاد على قيمة الرهن؛ فإذا حلف سقط عنه ذلك، وإن نكل لزمه ذلك مع قيمة الرهن؛ لأنه قد حلف المرتهن على إثبات ذلك لما لزمته اليمين في إثبات ما يقابل من دينه قيمة الرهن، فأضيف إليها اليمين على ما ادعاه زيادة من الرهن على قيمة الرهن،

---

(١) «المنتقى» (٥/٢٦٣).

....

وجعلت يميناً واحداً لئلا يكون[١] عليه اليمين في حق واحد مع إمكان إفرادها وجمعها، لكنه لما لم يتقدم له ما يقوي دعواه في الزيادة، لم يحكم له بها.

فإن حلف الراهن أسقط عن نفسه هذه الزيادة، فإن نكل قوى نكوله ما تقدم من يمين المرتهن بها، فحكم له بذلك، ثم قال الباجي: وذكر في هذه المسألة يمينين على المرتهن، **إحداهما**: على الصفة، **والثانية**: على إثبات الدين، فيحتمل أن يريد أنهما يلزمانه منفصلين، وذلك أن اليمين الأولى تجب عليه قبل أن تجب الثانية، ولا يمكن النظر في أسباب الثانية، إلا بعد إنفاذ اليمين الأولى؛ لأن الأولى تجب لإثبات الصفات ولا تجب الثانية بعد، ويحتمل أن يريد بذلك ذكر ما يتناوله اليمين من المعنيين المذكورين، ولكنه لا يلزمه أن يفرقهما، بل له أن يجمعهما في يمين واحدة، وهذا معنى قول مالك وأكثر أصحابه عندي ـ والله أعلم ـ، انتهى مختصراً. وتقدم قريباً كلام الموفق في اختلاف الراهن والمرتهن.

وقال ابن رشد[٢]: أما اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الحق الذي به وجب الرهن، فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك، فقال مالك: القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق ما لم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك، فما زاد على قيمة الرهن، فالقول قول الراهن، وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجمهور فقهاء الأمصار: القول في قدر الحق قول الراهن، وعمدة الجمهور أن الراهن مَدَّعَى عليه، والمرتهن مدعٍ، فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة.

وعمدة مالك ههنا أن المرتهن وإن كان مُدّعياً، فله ههنا شبهة بنقل اليمين

---

(١) كذا في الأصل والظاهر لئلا يتكرر، اهـ. «ش».

(٢) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٧٨).

....

إلى حيزه، وهو كون الرهن شاهداً له، ومن أصوله أن يحلف أقوى المتداعيين شبهة، وهذا لا يلزم عند الجمهور؛ لأنه قد يرهن الراهن الشيء وقيمته أكثر من المرهون فيه، وأما إذا تلف الرهن، واختلفوا في صفته فالقول ههنا عند مالك قولُ المرتهن؛ لأنه مدَّعَى عليه، وهو مُقِرٌّ ببعض ما ادّعى عليه، وهذا على أصوله، فإن المرتهن أيضاً ضامن فيما يغاب عليه.

وأما على أصول الشافعي فلا يتصور على المرتهن يمينٌ إلا أن يناكره الراهن في إتلافه، وأما عند أبي حنيفة، فالقول قول المرتهن في قيمة الرهن، وليس يحتاج إلى صفة؛ لأن عند مالك يحلف على الصفة، وتقويم تلك الصفة، وإذا اختلفوا في الأمرين جميعاً أعني في صفة الرهن وفي مقدار الرهن، كان القول قول المرتهن في صفة الرهن، وفي الحق ما كانت قيمة الصفة التي حلف عليها شاهدةً له، وفيه ضعف، وهل يشهد الحق لقيمة الرهن إذا اتفقا في الحق، واختلفا في قيمة الرهن؟ في المذهب فيه قولان، والأقيس الشهادة؛ لأنه إذا شهد الرهن للدين شهد الدين للمرهون، انتهى.

تم بحمد الله وتوفيقه الجزء الثالث عشر من «أوجز المسالك إلى موطأ الإمام مالك»
ويليه إن شاء الله الجزء الرابع عشر وأوله «باب القضاء في كراء الدابة والتعدي بها»
وصلى الله تعالى على خير خلقه سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه
وبارك وسلم تسليماً كثيراً كثيراً.

فهرس الموضوعات